José Martínez de Pisón Cavero

CURSO DE TEORÍA DEL DERECHO



Universidad de La Rioja

CURSO
DE
TEORÍA DEL DERECHO

MATERIAL DIDÁCTICO

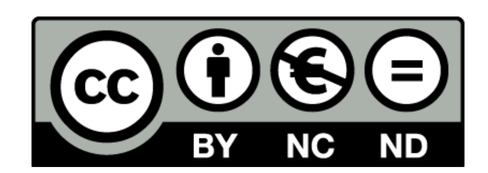
Derecho

nº 1

José Martínez de Pisón Cavero

CURSO DE TEORÍA DEL DERECHO

UNIVERSIDAD DE LA RIOJA
SERVICIO DE PUBLICACIONES



publicaciones.unirioja.es

E-mail: publicaciones@unirioja.es

ISBN: 978-84-695-7016-6

PRESENTACION

La edición de este *Curso de Teoría del Derecho* no tiene otro objetivo que el meramente pedagógico. Se trata de poner en manos del estudiante de la asignatura de Teoría del Derecho de primer curso de la Licenciatura de Derecho un material que le ayude en el aprendizaje de una disciplina siempre difícil. Soy de los que creen que el estudiante debe ser un agente activo en su propio desarrollo intelectual y en su aprendizaje, lo que excluye, en mi opinión, una tarea pedagógica meramente repetitiva en la que el profesor sólo conferencia y el estudiante se convierte en mero receptor. Considero que al poner a su alcance una publicación que se ajusta a los contenidos de la asignatura logro en parte este propósito. Luego, resta fomentar una sólida afición a la lectura, a la reflexión y a la crítica, tarea a la que espero dedicar también parte del tiempo de las clases que, de esta forma, quedan libres.

El *Curso de Teoría del Derecho* son, en realidad, apuntes de clase que he ido preparando al tiempo que impartía la ya vieja asignatura de «Derecho natural» y que remodelé y adapté a las nuevas directrices de la Licenciatura de Derecho durante el curso 1992-93 mientras los estudiantes me escuchaban en la viejo edificio de Latinos del Seminario de Logroño. Es, por lo tanto, un material pensado y meditado, y reformado a medida que pulsaba las inquietudes de los estudiantes. Y que, probablemente, con el transcurso del tiempo, sufrirá nuevos cambios. Ahora bien, en la medida que son apuntes no se esperen grandes aportaciones como si de una monografía especializada se tratara, y sí una exposición de las teorías y opiniones más destacadas sobre Teoría del Derecho, una discusión y un diálogo con los autores y, en su caso, un comentario crítico e, incluso, se aventuran también opiniones personales. Todo ello con un estilo sencillo que favorece su lectura y su estudio.

Como todas las publicaciones, ésta también tiene sus deudas. La primera, y más profunda, es con mis amigos y compañeros del área de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Zaragoza, a la que pertenecí hasta octubre de 1992, fecha desde la cual soy profesor de la Universidad de La Rioja. Especialmente, me ayudó en la composición del programa y de los apuntes la discusión de muchos de los temas con M. Calvo y con Jesús Ignacio Martínez García. Muchas de sus ideas se notan en este *Curso*. Agradezco también a la Universidad de La Rioja que me ha brindado la posibilidad de editarlo.

José Martínez de Pisón
PROFESOR DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

INDICE

I.ª PARTE

INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE DERECHO

Primera Lección

PRIMERA APROXIMACION AL MUNDO DEL DERECHO

1.1.- Sobre la necesidad del Derecho.

Al intentar perfilar una definición del Derecho, hay un hecho que debemos constatar a partir del cual es posible un primer acercamiento a los fenómenos jurídicos más complejos. Este hecho es que todo el mundo, cualquier persona, tiene una idea, aunque sea más o menos vaga o más definida, de lo que es el Derecho. Por lo menos, en algún momento de su existencia ha tenido noticia o un contacto, también más o menos venturoso o positivo, con una instancia jurídica: desde el registro civil donde se registran nacimientos, matrimonios y las circunstancias de la vida civil de las personas; hay también otros registros donde se inscriben propiedades, asociaciones, empresas. Además, otros muchos aspectos de nuestra vida nos reconducen irremediablemente al mundo del Derecho. Y, es más, todos somos conscientes de que todo eso pertenece al ámbito de lo jurídico.

Pero, si resulta que podemos ser conscientes de esa presencia de lo jurídico en nuestras vidas, también es cierto que, aun en el caso de que no nos demos cuenta, el Derecho rige plenamente todos nuestros actos. Por ello, como primer acercamiento, podemos dejar asentada la idea de que *«el Derecho nos acompaña habitualmente»*. Que cada paso que damos en la vida social, desde antes que adquiramos conciencia de nuestra existencia, de nuestra personalidad, el Derecho ya ha regulado aspectos importantes de nuestra misma existencia. Además, ya sea de un modo consciente o inconscientemente se suele hacer uso de él en muchos de los actos cotidianos con los que nos relacionamos con otros seres humanos. En defini-

tiva, la idea central es que el Derecho suele intervenir en la mayoría de los actos de nuestra vida (J. de Lucas, p. 27).

Pero, veamos con un poco más de detenimiento cómo está presente el Derecho hasta en nuestros actos más nimios. En la vida social ordinaria, parece un hecho ampliamente constatado el que los hombres guían sus comportamientos de acuerdo a un número determinado de reglas. Estas pueden ser, desde luego, de muy variada índole. Pero, si se hace un breve repaso a las acciones más comunes que realizamos diariamente no es difícil darse cuenta de la validez de esta afirmación. Por ejemplo, probablemente, el hecho de que nada más levantarse una persona tome café, o café con leche, en lugar de té, o de que decida ducharse primero antes de desayunar, obedece, más bien, a un orden establecido consciente o inconscientemente. De alguna manera, esta conducta ordenada –o desordenada– acaba por tomar la forma de una regla que es respetada en el día a día, aunque a veces se opte por otro tipo de acción. Es una regla que, desde luego, es reforzada por el hábito, por la costumbre, esto es, por el hecho de que sea reiterada y adquiera así una mayor solidez. De un tipo parecido son otras acciones que se realizan una vez que se pisa la calle o, incluso, sin necesidad de ello, en el momento en que nos relacionamos con otras personas. Subir a un autobús y pagar el precio de billete, adquirir un periódico o cigarrillos son actos que están igualmente reglados.

La lista puede ser más extensa, pero basta con estos ejemplos para nuestro propósito. En primer lugar, parece evidente la omnipresencia de las reglas o, mejor, de un comportamiento realizado a tenor de la existencia de ciertas normas. Un comportamiento normado o reglado. Otro dato a destacar es que, aunque sean reglados, lo son de forma diferente. En lo que a nuestro estudio se refiere y, en especial, el interés en dar una primera imagen de lo que es el Derecho, el alcance jurídico es más claro en las acciones que hemos relatado en segundo lugar. Pagar un billete o comprar un periódico o unos cigarrillos son, de hecho, contratos verbales de compraventa, con un objeto (el uso de un servicio público, la entrega del periódico o de los cigarrillos), una contraprestación (el precio o dinero que se da a cambio) y dos personas que efectúan así el intercambio con sus repercusiones jurídicas. Estos son rasgos que, por el contrario, no aparecen en los primeros ejemplos.

A la vista de estos hechos, se afirma con razón que la omnipresencia del Derecho discurre de forma paralela a esa tendencia natural de que los hombres requieren unas pautas mínimas para dirigir sus acciones, sean pautas dadas por uno mismo o sean directrices que vienen de fuera y que son aceptadas sin más. El Derecho, como el resto de instituciones sociales, contribuye a superar ciertas circunstancias básicas de la vida humana. Estas son, en líneas generales, la escasez de recursos, la vulnerabili-

dad de los seres humanos ante las agresiones de otros, la relativa similitud física e intelectual, la relativa falta de simpatía de los hombres hacia las necesidades o intereses de los demás ... Pero estas circunstancias llevan a los hombres, al mismo tiempo, a entrar en conflicto unos con otros y a buscar la cooperación de esos otros. Las mismas circunstancias son doblemente condicionantes: por un lado, generan conflictos entre los individuos y, por otro, los mueven a colaborar mutuamente para eliminar o reducir los factores que determinan el enfrentamiento y limitar alguna de las consecuencias más desastrosas (Nino).

Si esto es así, desde uno punto, el Derecho se presenta como algo valioso, noble, estimable, imprescindible, beneficioso. En la medida en que la vida en sociedad es la condición natural del hombre, éste es un ser sociable por naturaleza. A su vez, la sociabilidad humana genera una serie de relaciones que demandan la existencia de un orden, una disciplina. Con el tiempo, y a través de complicados procesos históricos, el ser humano ha cobrado conciencia de la necesidad de «que el orden objetivo en las relaciones humanas debe estar fundado en la Justicia. El Derecho se nos mostraría como el encargado de alcanzar este fin. De esta forma simple y muy general, acaba comúnmente justificándose la existencia, la necesidad del Derecho. De ahí, la máxima *ubi societas, ibi ius.* El Derecho es el agente garantizador de la paz entre los hombres, del orden social, de la libertad entre las personas, defensor de sus derechos. Gracias a la acción organizadora del Derecho, los hombres ven satisfechas muchas de las necesidades de todo orden, materiales, culturales y éticas (Recaséns, p. 2-3). «Por lo tanto, parece ser que el Derecho surge con la sociedad, la acompaña en su devenir histórico, y no tendría razón ni sentido fuera de ella» (J. de Lucas, p. 27).

Pero, el Derecho tiene también otra cara, otro ángulo. Entonces, aparece con una fisonomía hosca, antipática, y con gestos agresivos y perfiles cortantes y dolorosos. «El Derecho se presenta muchas veces como un conjunto de duras barreras, de ásperas restricciones, de aparatos coercitivos, que se oponen frecuentemente a deseos, aspiraciones, antojos, afanes y anhelos de los individuos y de algunos grupos sociales. Todavía más, el Derecho desemboca muchas veces en el ejercicio de acciones que infieren dolor a determinadas personas: a los infractores de los reglamentos, a los violadores de las leyes provistas con sanciones penales; en suma, desemboca en el empleo de la violencia material contra quienes se apartan de los cauces establecidos por las reglas jurídicas» (Recaséns, p. 3).

Pero, junto al Derecho, coexisten otras formas de regulación de la conducta humana, otros órdenes con pretensiones de orientar los comportamientos individuales y sociales. En efecto, el Derecho cumple el papel de evitar o resolver alguno de los conflictos entre los individuos y de proveer a los individuos de ciertos medios para

hacer posible la cooperación social. Pero, otro órdenes tienen algo que decir en esta materia. Especialmente, **la moral y los usos sociales**, pero también, otro tipo de convencionalismos, de costumbres o de reglas de conducta generalmente asumidas. Todos estos son también un conjunto de normas y preceptos vertebrados por los individuos con el objetivo de guiar, regular y dirigir la conducta, aunque cada uno lo haga de diferente manera. Precisamente, porque, a primera vista, no parece que existe una cierta indiferenciación entre cada uno de estos órdenes, interesa profundizar algo más en nuestra imagen de lo que es el Derecho para, luego, mostrar sus diferencias respecto de esos otras formas de regulación de la sociedad.

1.2.- Teorías sobre la justificación del Derecho.

Como primera premisa de nuestro estudio, ha quedado justificada plenamente la idea de que, si la vida en sociedad es la condición natural del ser humano, éste requiere que su existencia en la sociedad esté ordenada, disciplinada y que precisamente por esta exigencia parece probarse la necesidad del Derecho, como conjunto de normas que regulan las relaciones humanas. Si bien esta idea parece generalmente aceptada, lo cierto es que no está tan claro, por lo menos para filósofos y estudiosos de la sociedad, cuál es el sentido de la existencia del Derecho. Aunque se justifique la necesidad de las regulaciones jurídicas, sin embargo, no hay tal acuerdo en cuanto al significado y proyección de los mandatos jurídicos sobre la sociedad. Y la cuestión tiene su importancia. En efecto, según la postura que se adopte en torno a la función del Derecho en la sociedad, se valorará positiva o negativamente el logro de esa función. Incluso, se podrá realizar un juicio moral relevante sobre dicha actuación. De ahí, la importancia de tratar con las cautelas debidas esta cuestión. Y esto es lo que vamos a hacer a continuación.

Pues bien, la cuestión de la justificación del Derecho y de su papel en la sociedad ha estado siempre enlazada, desde las primeras reflexiones en la Historia de la Filosofía con los sofistas, con el eterno debate sobre **la bondad o maldad de la naturaleza humana:** si el hombre es bueno o malo por naturaleza. Debate sempiterno que determina la imagen que finalmente tengamos del mundo del Derecho. Y que, como puede verse, tiene profundas connotaciones éticas y morales dado el empleo de estos términos y que, evidentemente, implica un juicio de consecuencias incalculables de lo que es el hombre. Incluso, en la actualidad, desde posturas derivadas de la antropología y la sociología, esta cuestión sigue estando en el centro de las disputas sobre fundamentos y de las investigaciones empíricas.

Cuando se trata esta cuestión, la bondad o maldad de la naturaleza humana, se está haciendo referencia a un análisis de los elementos fundamentales que la caracterizan. Y de acuerdo a esta perspectiva, el ser humano aparece dividido en una dualidad. Por un lado, se dice que el ser humano es **malo,** pues, se afirma, los ingredientes básicos de la naturaleza humana serían los instintos naturales más perniciosos, pasiones nocivas como el egoísmo, la tendencia a la agresividad. El hombre aparece como *una amalgama incontrolada de pasiones, de impulsos,* donde no hay más que un *continuo conflicto* entre unos y otros, conflicto que impide la actuación de los designios de la razón o el cumplimiento de preceptos objetivos. Por otro lado, el hombre aparece como un ser **bueno:** el hombre, según esta visión, es esencialmente un ser *racional;* su propia naturaleza hace que predominen sus facultades intelectivas de forma que sus acciones, su pensamiento y sus juicios están en consonancia con los procesos psíquicos de la razón. El hombre siempre actuará, pensará, juzgará correctamente, de acuerdo a los designios de lo que es más natural a él mismo la razón al servicio de los sentimientos más bondadosos. En definitiva, no puede ir en contra de esos mandatos naturales.

Desde luego, esta explicación de la dualidad humana debe tomarse como lo que es, una simplificación de discusiones mucho más complejas y, en consecuencia, se escapan muchos aspectos también importantes. Con todo, es válida para referirnos a los modos de justificar la existencia del Derecho. En efecto, según si adoptamos una u otra postura, modificaremos también nuestra visión del Derecho. «Si se concluye que la naturaleza humana es mala, parece lógico pensar que la convivencia de los hombres en una sociedad pacífica y ordenada requiere un sistema punitivo de leyes. Los instintos naturales del hombre, que se presuponen egoístas y agresivos, habrían de ser reprimidos para hacer posible la vida en sociedad. Por el contrario, si se concluye que la naturaleza del hombre es buena, entonces los males de la sociedad (agresividad, delincuencia, infelicidad humana, etc.), no se derivarían de la naturaleza corrupta o pecaminosa de los hombres, sino de los efectos dañinos que generan las propias instituciones sociales. La existencia de comportamientos agresivos y egoístas no responde a las pulsiones humanas naturales, sino a los condicionamientos del entorno social sobre los individuos» (Calvo, p. 160). La verdad es que la cuestión no es fácil y ni siquiera hoy está resuelta. Y, es más, tiene connotaciones prácticas importantes. Tomemos como ejemplo el caso de un delincuente habitual. Pues bien, en el estudio de las causas de los delitos, la criminología está discutiendo si el delincuente lo es por alguna razón genética de su naturaleza, y en cuyo caso debe ser tratado como un enfermo, o, por el contrario, si su tendencia al delito, obedece al entorno social, a que la sociedad ha corrompido su impoluta naturaleza, y en este caso la sociedad debe buscar su reinserción.

En definitiva, el Derecho y el Estado, en un caso, son instancias necesarias por cuanto el riesgo y el peligro para el orden social deriva de la misma naturaleza huma-

na y, por tanto, son instrumentos elaborados para restringir esos impulsos nocivos. En el segundo caso, son necesario para evitar el influjo de circunstancias peligrosas que distorsionen la bondad humana y la labor constructiva de la razón. Y, en todo caso, el Derecho es *un medio óptimo para la instauración de un orden social estable ya sea racionalizando y dirigiendo los aspectos más sociales de la naturaleza humana, ya sea reprimiendo y encauzando las pasiones o los instintos naturales de los seres humanos.*

Como puede verse, la cuestión tiene su enjundia. Aspecto que es reafirmado por Lloyd, estudioso de estos temas: «Cuando afirmamos que el derecho es, o no es, necesario al hombre, no estamos simplemente intentando constatar una sencilla realidad física, como sería afirmar que el hombre no puede vivir sin alimento o sin agua, sino que estamos comprometiéndonos en un proceso de valoración. Lo que en realidad estamos diciendo es que la naturaleza humana es tal que únicamente puede alcanzar una condición verdaderamente humana en presencia –o en ausencia– del derecho» (p. 19).

De ahí que exista una extensa tradición filosófica que centra su atención en la cuestión de la bondad o maldad de la naturaleza humana para,a su vez, deducir o inferir conclusiones relativas al Derecho, el Estado y el orden social. De alguna manera, desde los sofistas y Platón es una cuestión constante que o bien se manifiesta claramente en sus palabras o bien se encuentra implícita en todas las discusiones. De hecho, no son pocos los que reivindican una postura crítica para el Derecho, lo que hace siempre interesante un análisis detallado de sus posturas. Puede decirse que en una arqueología acerca de las reflexiones sobre el Derecho -esto es, una profundización en la Historia de la Filosofía del Derecho- evidencia una dialéctica entre su rechazo y su justificación, un ir y venir entre la crítica al derecho y el Derecho mismo, entre su ausencia para un modelo del camino que debe seguirse para la perfección del hombre y la necesidad de su presencia para construir cualquier tipo de orden social como único contexto válido en el cual puede realizarse ese ideal.

De todo lo anterior, parece bastante claro que han sido muchos los autores que han tratado la relación entre naturaleza humana, la existencia de la sociedad y la necesidad del Derecho. Puede mencionarse a sofistas como Protágoras, a Sócrates, en general a todos los grandes filósofos griegos, que fueron los primeros en acercarse a esta cuestión. En la época moderna, una filosofía que ha tenido una gran proyección y que, incluso, hoy es de obligado estudio para quien se interese por estos temas, es la de Hobbes. El fue quien presentó de forma descarnada la postura pesimista sobre el hombre: el egoísmo del ser humano y su temor a la pérdida de la vida hace necesaria la aparición de un imponente aparato estatal que logre su readaptación a la vida social.

Sería excesivamente largo y, creo, fuera de lugar tratar aquí y ahora muchas de las posturas que se han esbozado sobre todas estas cuestiones. Pero, por otra parte, tratar aspectos puntuales que aparecen en algunos autores puede dar más luz a la cuestión. Por eso, a continuación, voy a explicar brevemente alguno de ellos.

Entre las versiones que consideran que el hombre ha sido creado originariamente bueno por naturaleza, pero que, a causa de las circunstancias externas, del contexto y, especialmente, de la sociedad, esa naturaleza original ha acabado por distorsionarse, por instaurar el reino de la codicia, del desorden y de la fuerza, es la de J.J. **Rousseau.** En su *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres,* escrito en 1754, y a propósito de un concurso literario de la Academia de Dijon, Rousseau configura un mundo ahistórico, al margen del tiempo y de las circunstancias concretas de la humanidad. Lo ve como un hombre natural, instintivo, sin razón todavía, sin sociedad y sin males. En este primer estadio, ese animal hombre, sin moral, sin necesidades de ningún tipo, es, al margen de la bondad o maldad, «a-moral» porque éste es un concepto social, ligado a la sociedad y a sus instituciones -es más, es una institución de la sociedad misma-. Pero, ¿cómo se produce el paso del hombre natural al hombre social? Si bien en las explicaciones de **Rousseau** el salto no parece muy claro, en esos estadios iniciales se produjeron los primeros contactos entre los hombres en una evolución que les depararía el más feliz de los episodios, la llegada a un estadio -la «verdadera juventud del mundo»-, una edad de oro que ve el nacimiento de un hecho clave: el amor y de otros sentimientos y afectos parecidos. El paso siguiente será ya «social», y, por tanto, catastrófico, apocalíptico. Aparece el trabajo, que cubre las primeras necesidades individuales, pero que en su evolución va a derivar en producción especializada, en la propiedad, en desigualdad. En términos modernos, Rousseau afirma lo que luego sería el punto de partida el marxismo: la desigualdad nace del desarrollo de las fuerzas productivas y de unas nuevas relaciones de producción. Es, por tanto, la propiedad la que funda el cuerpo legal, el derecho, el estado, que garantiza sus bienes. Unas normas, un contrato que avala esa propiedad, que la defienda y la perpetúe aumentándola. Radicalizando aún más la idea de Rousseau, el contrato ofrece un punto de partida a la paz social necesaria y, como contrapartida, legitima la usurpación anterior de bienes. Es, en realidad, el paso previo a un nuevo estado de guerra.

La distinción entre hombre natural-hombre social que aparece en las explicaciones de **Rousseau** sobre las fases que recorre la humanidad hasta alcanzar un estado civilizado, es decir, hasta la creación del derecho y de las instituciones estatales tiene, a su vez, una proyección en la antropología propugnada por él. Es más, una de las preocupaciones más intensas de Rousseau se centra en describir cómo es posible convertir a ese hombre natural, instintivo, que predomina en la primera fase de la evolución y que acaba enmascarado en el hombre social final en un «ciudadano modelo» de la

sociedad, cuyo interés coincida plenamente con el interés general, tal y como aparece en El Contrato Social. Existe, cómo no, la presunción de que el hombre social es un hombre deformado por las convenciones, alienado, según la terminología marxista, no es él mismo, pues la sociedad lo ha cambiado en su naturaleza básica. Para Rousseau, el exterior es frustrante, es de padecimiento y dolor ante las circunstancias externas y las necesidades: todos los individuos de la especie humana sufren los males del dolor y de la necesidad de conservar su vida, los accidentes y peligros de la vida.

La **lección que Rousseau** pretende enseñar es que, frente a esto, hay que aprender a vivir, hay que educar al hombre para la vida. Este es el fin del libro *Emilio* que escribe con la sana intención de confeccionar un tratado sobre la educación. Pero, ¿cómo aprender a vivir? Tomando la naturaleza como maestra, aprendiendo de ella y ejercitando las capacidades que ha otorgado al hombre. Porque no se nace sabiendo ni conociendo nada: se llega a ello a través de un lento aprendizaje. Naturaleza y educación no son, por tanto, enemigas, sino que son fuerzas coincidentes. La naturaleza no conoce la maldad ni el desorden; es perfecta y sólo el hombre ha introducido el caos y la degeneración por medio de las instituciones sociales, el estado y el derecho, que aplastan la voz de la naturaleza y convierten al hombre en un ser escindido, desgarrado entre sus impulsos primitivos y la máscara social que ha adoptado. Devolver al hombre a su unidad primigenia es el fin del Emilio, en el que Rousseau se convierte en un «demiurgo», un modelador de la naturaleza humana sin que ello implique una vuelta atrás primitivista y simplificadora, sino que se propone una función reformadora, una búsqueda de alternativas a la situación creada por el proceso descrito en el *Discurso sobre la desigualdad.* No en vano hay que considerar el *Emilio* como una obra filosófica, una investigación «sobre la bondad natural del hombre». Aunque ello debe enlazarse con algo ya adelantado, frente al hombre social, alienado, escindido por el influjo de las instituciones sociales, Rousseau reivindica el hombre armónico con una clara intención. Desde luego, no la de defender la idea de un hombre aislado, ferozmente individualista y egoísta o anárquico, sino al contrario: pretende reivindicar el ideal del ciudadano, un hombre integrado en un conjunto más grande, un «yo común» que le devuelve lo que es más importante para él: la libertad. Teoría ésta, por cierto, que no debemos considerar como arcaica o «pasada de moda», sino, todo lo contrario, como algo vigente en la actualidad, moderno y original. Ahí está «la teoría del desarrollo moral del niño» que, desde hace años, propugna J. Piaget retomando las viejas ideas de Rousseau.

No vamos a hacer una incursión demasiado extensa de los medios que, según Rousseau, permiten realizar su deseo. La **educación de Emilio**, el sujeto-objeto de la obra de Rousseau, parte del hecho cierto de una sociedad corruptora en tanto que corrompida, una sociedad desnaturalizada que fomenta individuos divididos interior-

mente, banales en el mejor de los casos y malvados en el peor. Primero de todo, hay que aislar a Emilio, el alumno, de ese medio social si se quiere convertirlo en un niño feliz y libre: un amable extranjero en la sociedad. Un punto clave: para que Emilio sea un «hombre natural» -naturalmente auténtico, libre y feliz, no se le puede dejar al único arbitrio de la naturaleza: esto sería suficiente para convertirlo en un salvaje, pero Emilio está destinado a vivir en sociedad. Hay, por tanto, que llevar acabo un proceso de socialización, en el que cobre una especial importancia la consideración de la evolución y necesidades naturales del alumno. Todo se hace de forma «natural», sin reforzamientos conductistas. Se debe permitir que el niño vaya desarrollándose y realizándose de acuerdo a sus propias potencialidades.

En fin, se comprende que el modelo pedagógico del *Emilio* es irrealizable porque es un modelo «simbólico», una hipótesis, que se propone como una metáfora. Modelo o metáfora que parte de una realidad existente para ofrecer una imagen alternativa, lo que «debería ser», al que los hombre podrían intentar aproximarse. Parece una experiencia *in vitro,* en la que el medio familiar y social ya corrompido no interfiere las sucesivas etapas de maduración. Pero, en el estudio de Rousseau existe un descubrimiento que, incluso, hoy es aprovechado por la psicología: que el desarrollo natural desde la infancia tiene su propias leyes. La infancia no es una etapa de preparación para llegar a ser adulto; la infancia es un estadio especial con su propio equilibrio y sus propias leyes; un estadio de la naturaleza humana que es en sí mismo autónomo y posee su particular estructura. En vez de presionar, de coaccionar para que Emilio sea un ciudadano libre y feliz, hay que garantizar su instrucción, encauzar sus instintos en favor de una sólida socialización. ¿Cuál es el medio que sirve para este fin? A juicio de Rousseau, lo que hay que hacer es colocar al lado del pupilo un preceptor con unos rasgos particulares, pues, siendo joven y sabio, debe estar íntegramente dedicado a su discípulo. El preceptor supone la «voz» de la razón en diálogo constante con la naturaleza del niño; representa la encarnación de la razón vigilante, que deja obrar y respeta la ley de la naturaleza, pero que, al mismo tiempo, la socializa suavemente colaborando con ella.

Pues bien, esta narración de Rousseau sobre la educación de Emilio tuvo una amplia repercusión en los inicios de la antropología y, de hecho, durante el final del siglo XVIII podría hablarse de una escuela roussoniana. Al margen de las teorías y de las disquisiciones a que dieron lugar, cabe reseñar un importante suceso que conmocionó a los autores en general. Suele recibir el nombre de «el niño» o **«el salvaje de Aveyron»** (historia que, en los años 70s, fue llevada al cine por la película «El pequeño salvaje» de Truffaut). Lo importante del caso es que permitió a un médico-filósofo aplicar las teorías de Rousseau a un niño encontrado en estado salvaje, un Moglie pero de verdad, un niño-lobo.

La **antropología** como ciencia surgió de investigaciones y de casos similares al de la aventura del salvaje de Aveyron, aunque, en la actualidad, hayan cambiado sustancialmente las premisas del problema. De todas formas, la moderna antropología presenta opciones interesantes a la cuestión que nos ocupa, esto es, el de la necesidad del derecho en relación con la naturaleza humana. Se piensa universalmente que todas las costumbres son ley para el salvaje y que éste no tiene más ley que sus costumbres, al mismo tiempo que obedece automática y rígidamente todas las costumbres por pura inercia. Por lo tanto, no hay derecho en general ni su equivalente en las sociedades salvajes. Los únicos hechos relevantes son las ocasionales infracciones en desafío de las costumbres –los delitos–. No hay un mecanismo de imposición de las reglas primitivas de conducta excepto el castigo del delito flagrante. Se ignora la existencia de normas sociales de alguna clase o los motivos psicológicos que hagan obedecer al hombre primitivo y cumplir con cierta clase de costumbres por razones puramente sociales. Parece que las sanciones religiosas, los castigos sobrenaturales, la responsabilidad del grupo y la solidaridad, el tabú y la magia son los principales elementos de un embrión de derecho en las sociedades salvajes.

Pues bien, un autor llamado Bronislaw **Malinowski** ha venido a mostrar la falsedad de estas tesis con el fin de defender la existencia de un cierto derecho en las sociedades salvajes. Para ello, hace ya más cincuenta años estuvo viviendo en **las islas Trobriand**, en Nueva Guinea, –un arrecife coralíneo que rodea una amplia laguna–, al tiempo que observaba los comportamientos de los indígenas para entresacar sus filiaciones con el derecho. La función fundamental del derecho es contener ciertas propensiones naturales, canalizar y dirigir los instintos humanos e imponer una conducta obligatoria no espontánea; asegurar un tipo de cooperación basado en concesiones mutuas y en sacrificios orientados hacia un fin. Pues bien, entre los indígenas de esta isla pueden encontrarse hechos que avalan la opinión favorable a la existencia de normas que son algo más que costumbre y tradición. Desde luego, los melanesios sienten un gran respeto por las costumbres de la tribu y la tradición. Pero la fuerza de la costumbre, el atractivo de la tradición por sí solos no serían bastante para contrarrestar las tendencias del apetito, la codicia o los dictados del interés personal. Para Malinowski, existen cierta clase de reglas, imperativos que rigen la conducta entre parientes o los castigos tribales que no vienen dictados por la costumbre. Normalmente, tienen por objeto la vida humana, la propiedad y el honor personal y están castigados por un tipo especial de sanción que también protege instituciones como la jefatura, exogamia, el rango y matrimonio.

Malinowski entresaca varias de estas instituciones para apoyar su postura. Nosotros nos referiremos a dos:

1) En primer lugar, existe en la tribu melanesia una serie de reglas cuya finalidad es la **cooperación,** esto es, la canalización de los esfuerzos de los individuos hacia un

bienestar colectivo, lo que, en definitiva, no parece posible con la sola fuerza de la costumbre. La vida económica de la tribu –la economía es unos de los objetos regulados por el derecho– gira en torno a la laguna. En un día de calma aparece llena de vida con **canoas** llevando gente o productos, o dedicadas a uno de los muchos métodos de pesca que le son propios. Un conocimiento superficial de estas actividades podría dar la impresión de arbitrario desorden, anarquía y completa falta de sistema. No obstante, los nativos no sólo tienen definidos sistemas técnicos de pescar y complicados convenios económicos, sino que además disponen de una estrecha organización en sus equipos de trabajo, así como de una división fija de funciones sociales.

Cuestiones de interés que fundan la opinión de Malinowski y que se derivan de ese sistema de reciprocidad son:

a.- La propiedad: La canoa tiene un hombre que es el verdadero propietario, mientras que el resto actúa como su tripulación. Todos pertenece al mismo subclán y están ligados entre sí por obligaciones mutuas. Cuando la comunidad sale a pescar el propietario no puede negar la canoa y la tripulación está obligada cuando sucede lo contrario. Asimismo cada uno debe ocupar su sitio y cumplir la tarea que se le encomienda; todo lo cual está perfectamente reglado.

b.- Efectividad de las obligaciones económicas: el reparto de la pesca escogida. Existe un sistema de servicios y obligaciones mutuas basado en un convenio establecido entre poblados, de forma que cuando el ribereño vuelve de la pesca uno del interior está esperando para llevárselo a su casa, a menudo a muchas millas de distancia. A su vez, el del interior ofrece un obsequio al del exterior. Cuál es la razón de estos intercambios: que los poblados costeros y los de tierra adentro tienen que contar respectivamente el uno con el otro para el suministro de alimentos: hortalizas y pesca.

c.- Reciprocidad: dos partes que intercambian servicios y funciones, donde cada una de ellas cuida de que la otra cumpla su parte del compromiso y se conduzca. El patrón de la canoa, cuyos intereses y ambiciones van ligados a su embarcación, cuida que reine el orden en las transacciones internas. Los demás cuidan de que la mantenga en buenas condiciones y que en caso de avería la arregle.

2) El castigo como **autocastigo.** Un aspecto que interesa a cualquier antropólogo, y a todo jurista, que estudia el derecho primitivo es la concepción que dicha comunidad tiene del crimen y del castigo. Malinowski, siempre bajo el convencimiento de que en toda sociedad primitiva reglas de derecho distintas de las tradiciones y

los tabúes ancestrales, estudió también esta cuestión. Al principio, no encontró más que sanciones de carácter sobrenatural y un conjunto de «hechizos, encantamientos y ritos ejecutados sobre el agua, las hierbas y las piedras» que servían para restablecer el orden en la tribu. Pero un día contempló un hecho extraordinario que le dio la clave de cuál era el resorte último en aquellos casos que alteraban sustancialmente el orden tribal. Vio como un niño de 16 años tras un ritual consabido se lanzó de un cocotero y se mató (Malinowski, Crimen y costumbre en la sociedad salvaje, p. 93). Había cometido el crimen más deplorable para toda la tribu: el quebrantamiento de la exogamia del clan totémico. La exogamia es uno de los pilares de la tribu, del derecho matriarcal y de las relaciones de parentesco en el clan. Por el mismo, todas las mujeres del clan de un hombre son sus hermanas y tiene prohibido su arrejuntamiento, matrimonio, en definitiva, las relaciones sexuales. En estos caso, las sanciones sobrenaturales no resuelven ni salvaguardan el orden tribal quebrantado por el incesto. Sólo queda para restablecer el orden el autocastigo que, en opinión de Malinowski, cuando se transgrede una ley tan fundamental, sólo puede realizarse a través del suicido, del autocastigo más radical, estableciendo así un sistema que llama de **evasión.**

En fin, su exploración por ese derecho primitivo no termina en estos aspectos, sino que también estudió lo que hoy consideraríamos como «derecho de familia», donde encuentra una serie de elementos muy interesantes, pero que no es posible recoger aquí.

La crítica al derecho y, en general, a las instituciones sociales que son instrumentos de socialización –de «lavado de cerebro»– es evidente en toda la historia de la filosofía política y social. Ahora bien, el siglo XIX ve aparecer una serie de autores cuya pretensión es más radical de lo que había hasta entonces. Son los **anarquistas.** Desde luego, son muchos los representantes y no se pueden encasillar en un molde común. Con todo, todos ellos ven, en líneas generales, que los males de la sociedad se derivan no de la naturaleza corrupta o pecaminosa del hombre, sino en los efectos dañinos de las instituciones humanas opresivas. El hombre es inherentemente capaz de un progreso ilimitado y sólo las instituciones coercitivas y la ignorancia se lo impiden.

El hombre en estado de naturaleza y el hombre político: Desde los comienzos históricos del «anarquismo» hay una ambigüedad lingüística en el significado de este término. Una ambigüedad que no es exclusivamente un fallo del idioma, sino que es consecuencia de las reivindicaciones y corrientes encontradas que necesariamente abruman a un movimiento social dedicado a la «propaganda de la acción» y, simultáneamente, a la liberación científica del mito político», del hombre. Los anarquistas son teóricos y terroristas, moralistas e inconformistas, y, sobre todo, políticos y antipolíticos (I.L. Horowitz, Introducción a Los anarquistas, p. 13 y ss).

Si examinamos la cuestión desde un punto de vista puramente definitorio, encontramos que el concepto de la anarquía suscita dos visiones opuestas. Se refiere, por una parte, a una situación negativa, a una situación de desgobierno o desorden, fuera de control o incontrolable (el libro de Chesterton, *Un hombre que se llama Jueves*). Los sociólogos dirían que existe un estado de anarquía cuando se produce un acontecimiento desestructurado o carente de normas, tal como un movimiento espontáneo de una multitud. Hay también una noción popular positiva de la anarquía como rebelión consciente: la anarquía como «des-gobierno» porque los sistemas de normas formales de gobierno son innecesarios para gobernar a los hombres normales. El fenómeno del altruismo, del propio sacrificio de las ambiciones personales, indica que el comportamiento espontáneo no es sinónimo de comportamiento irracional. Nos vemos, pues, frente a un concepto negativo de la anarquía como estado de rebeldía como reconocimiento del carácter superfluo de las normas de gobierno.

La negación anarquista está encarnada por un hecho aislado, o por la acción de un conjunto de hechos, como en el caso del grupo que rechaza las presiones externas que toman la forma de una adaptación a un contexto de normas prevalecientes o de reglas impuestas. El anarquismo positivo, la anarquía como afirmación, significa, a la inversa, la «internalización» de las normas de conducta en grado tan elevado que elimina por completo la necesidad de la coacción externa. Esta ambigüedad del anarquismo se apoya teóricamente en la idealización del hombre en estado de naturaleza en contraste y en oposición con el hombre civilizado.

Lo que distingue al anarquismo de otros movimientos radicales es precisamente el escaso valor que atribuye al éxito político inmediato, y el elevado valor que concede a la formación de un «hombre nuevo» en el seno de la vieja sociedad. Errico **Malatesta:** la única vía de emancipación y de progreso consiste en que todos tengan libertad y los medios para defender y poner en práctica sus ideas (= la anarquía). Los anarquistas clásicos -Bakunin, Malatesta, Sorel, Kropotkin- comparten una concepción del anarquismo como «modo de vida» más que como «visión del futuro». Lo que el anarquismo ofrece es una creencia en el «hombre natural», como más esencial e históricamente anterior al «hombre político».

La civilización es considerada como una serie de impedimentos y obstrucciones que impiden al hombre natural la realización de sí mismo. Esta concepción representa una inversión de la doctrina de Hobbes, de la «guerra de todos contra todos». Y, por otra parte, la doctrina de Rousseau de la bondad natural del hombre es sólo una solución parcial de los problemas que presenta la concepción de Hobbes. Para el anarquista no tiene mucho sentido la cuestión acerca de la «bondad» o «bestialidad» del hombre. La paradoja rousseauniana se encuentra en que la consecución de la superviven-

cia lleva implícita una pérdida del carácter humano. Las obligaciones absorben los derechos, el estado a la sociedad civil, el hombre natural se ve flanqueado y vencido por la estrategia de la sociedad (sobre el estado, Malatesta, p. 87 y ss, 95.).

La refutación anarquista parte de que establecer un contrato, que es un acto involuntario, supone poner en peligro al hombre natural. Si el hombre es auténticamente bueno, la finalidad de la vida, en contraste con la finalidad de la política, debería ser la restauración del estado natural en las *relaciones* humanas, sea cual sea el nivel alcanzado por el *desarrollo* del hombre. El anarquismo como forma de desprenderse de lo superfluo: de ahí, sus posturas ante temas como el alimento, la sexualidad; todas las necesidades puede satisfacerse su las leyes naturales de la sociedad se desprenden de los impedimentos de la sociedad. Fe en las condiciones naturales.

Tensión entre este carácter «naturalista» del anarquismo y su creciente participación en corrientes socialistas. Se oponen por razones claramente morales a la estratificación de los individuos en clases. Estas violan la igualdad de los hombres en sus características psicobiológicas. Por naturaleza los hombres son siempre iguales, mientras que socialmente se hallan estratificados. Las diferencias reales y legítimas se encuentran obscurecidas por la posición social y la propiedad. Las únicas diferencias legítimas dependen de la calidad de la mente de cada persona, el grado de autorrealización.

La imagen anarquista de la vida cobra caracteres de drama moral, un drama en el que los individuos se debaten contra los sistemas sociales(Bakunin, p. 154 y ss.). No tiene nada de particular, por ello, que el anarquista tenga una actitud apocalíptica frente a las clases sociales. Elimínense y fructificará el hombre natural: suprímanse las clases sociales y se pondrá de manifiesto el carácter absurdo de las distinciones. Los absurdos subproductos del sistema clasista -la opresión del pobre por el rico, el empobrecimiento de la mayoría en favor de una minaría, y otros tópicos anarquistas- serán sustituidos por un nuevo amanecer. La tensión entre «naturalismo» y «socialismo» se halla también presente en la postura anarquista hacia la política. El mundo de la política es en su totalidad una encarnación de la autoridad, del poder arbitrario. A cierto nivel, la definición de la política se encuentra ligada al ejercicio del poder o a su encarnación. Todo el concepto de la política tiene como expresión social perfecta la jerarquía y la subordinación lo mismo que, en el ejemplo anterior, la noción entera de la economía. Las doctrinas políticas del anarquismo son totalistas. Son antiegoístas, porque el egoísmo es una expresión de la civilización. El anarquismo es antifatalista, porque el fatalismo viola la libertad individual. El hombre natural tiende a la asociación voluntaria basada en la práctica de la ayuda mutua. El concepto de ayuda mutua, aun cuando comparta muchas propiedades con el del altruismo, difiere de éste, ya que el altruismo implica la sumi-

sión consciente del yo en un medio egotista. En fin, la postura filosófica del anarquismo se encuentra en oposición frente a las relaciones de poder de la sociedad. El anarquismo es una entrega a la idea de la naturaleza, a la creencia de que la naturaleza es una «esencia», mientras que la sociedad es un «accidente».

1.3.- ¿Es la fuerza el elemento característico del Derecho?

En este epígrafe, vamos a profundizar un poco más en el conocimiento del fenómeno jurídico abandonando las ilusiones de la Filosofía para adentrarnos en lo pragmático, en la cruda realidad del Derecho: el problema de la fuerza, del elemento coercitivo que acompaña al fenómeno jurídico. En efecto, desde que se hace del Derecho una cuestión sobre la que interrogarse, una de las que más ha centrado la atención es la de la relación entre el derecho y la fuerza: si el Derecho es consustancialmente fuerza, esto es, si la coacción es el instrumento para su realización, o si, por el contrario, cabe entenderlo también como constituido por normas de este tipo y de otras no dotadas de fuerza y en general como la propia materia regulada por el Derecho. Esto es, si el concepto de Derecho se caracteriza por ser un conjunto de normas cuya eficacia está reforzada y garantizada mediante la amenaza del uso de la fuerza contra los transgresores, por su capacidad para forzar conductas, para realizar compulsiones sobre los agentes, o no. Hoy, la teoría de que existe una relación de necesidad entre el Derecho y el empleo de la fuerza o de la coacción es cada vez menos defendida por los autores. Se pone de manifiesto otras utilidades, otras facetas que dimanan de la presencia del Derecho en la vida social. En concreto, se destaca el hecho de que, entre otras cosas, además de la fuerza como componente esencial, «las normas jurídicas son respetadas por sus destinatarios espontáneamente y no por temor de incurrir en las sanciones previstas para los desobedientes». Se pone de manifiesto la capacidad del Derecho para lograr la adhesión de los ciudadanos. Es, entonces, un instrumento de primer orden para obtener buenas dosis de consenso, es decir, un acuerdo o compromiso entre los ciudadanos en torno a los principios que inspira el ordenamiento jurídico que refuerza su eficacia. Veamos, a continuación, un poco más detalladamente los conceptos utilizados y las teorías propuestas.

Por «fuerza» se entiende, claro está, el establecimiento de penas, de castigos en el caso de infracciones o actos antijurídicos, o la posibilidad de que estos se efectúen. Indudablemente, la «fuerza» puede ser «legítima», cuando existe una norma que la ampare y se aplique por la autoridad competente a actos antijurídicos probados, o «ilegítima», en el caso contrario. Hay que distinguir también entre «fuerza física» y «fuerza psicológica». «Fuerza física», cuando consiste en una actuación sobre el suje-

to que incumple lo mandado. Entonces, el Derecho se instrumentaliza físicamente para que realice el imperativo legal. Ello puede lograrse a través de la exigencia de conductas negativas (como no robar, no matar...), o también actuando sobre el patrimonio del infractor en contra su voluntad (como quien no paga lo convenido o lo debido y se procede a la ejecución sobre sus bienes), o, en último extremo, se actúa sobre la propia persona del infractor encarcelando o privándole de su libertad. «Fuerza psicológica» cuando las normas operan en los individuos en la forma del temor a las consecuencias derivadas del incumplimiento.

Por tanto, para algunos autores, parece ser un rasgo sustancial a las normas jurídicas la de imponerse incondicionalmente por la fuerza, tanto si cuenta con la voluntad del sujeto como si ésta le es adversa, la posibilidad de imponerse *erga omnes,* frente a todos y pese a todo. De alguna manera, la imposición inexorable es algo que parece desprenderse del sentido mismo de lo jurídico. Este es precisamente un rasgo que suele ser esgrimido para distinguir las normas jurídicas de cualquier otro tipo de reglas como las morales o los usos sociales, como si realmente fuese el único que los diferenciase. No obstante, ésta es una cuestión que da mucho que hablar y en la que se expresan diversidad de opiniones. En general, las posturas sobre este tema han ido variando al mismo tiempo que se daban diferentes versiones de otras dos cuestiones:

* La primera se refiere a la evolución que el mismo Estado ha sufrido. En buena medida, el Derecho es un *medio* que es utilizado por el estado para la realización de sus fines. De ahí que los cambios que afecten al estado -en su organización, en sus funciones- deben plasmarse en el concepto que tengamos sobre el derecho. En concreto, me refiero a los cambios que han sufrido al tener lugar el paso del estado liberal al estado social. Así, en el estado liberal se consideraba que el fin del estado era el mantenimiento del orden, primaba, sobre todo, el principio de la seguridad, mientras se dejaba a los ciudadanos que actuasen libremente, que efectuasen sus pactos, transacciones y negocios sin más límite que el respeto formal a ciertos valores, entre los cuales el más importante era el de la propiedad o el cumplimiento de lo pactado, de las promesas. Por ello, el derecho tomaba la forma de la amenaza, de las sanciones negativas a través de penas, multas, castigos, resarcimientos de daños. Por el contrario, la instauración del estado social tras la segunda gran guerra ha supuesto, como vimos, la aparición de nuevos problemas y nuevas funciones para la misma organización estatal y, por consiguiente, para el derecho. Ahora, se trata de que el estado no deje al azar, o al interés personal, la realización de pactos y, especialmente, el desarrollo de la economía. Al contrario, el estado, el estado nodriza o de bienestar, no sólo dice lo que cada cual puede hacer, interviniendo activamente en la vida social, sino que él mismo se convierte en un sujeto activo en igualdad de condiciones que el resto de actores de la vida social, sino, las más de las veces, en una posición mucho más favorable. En consecuen-

cia, el derecho ya no sirve exclusivamente como instancia represora o por su fuerza coactiva, por las penas o los castigos, sino que se busca otro tipo de fines, como los que tienen que ver con el reconocimiento de un sistema de derechos fundamentales públicamente reconocidos y protegidos por instancias judiciales, con el logro de condiciones mínimas de vida iguales para todos, con la promoción de comportamientos que beneficien a todos, con la distribución de bienes o la gestión de la economía en general.

** La segunda de las cuestiones que afectan a nuestro problema tiene que ver con lo que se considera que es el *contenido* o el *objeto* del derecho. Cuando se piensa que el sentido esencial del derecho consiste en estructurar y ordenar de forma objetiva y externa la vida social, entonces el derecho debe imponerse con la fuerza. Pues, su objeto estriba en establecer los límites recíprocos y las relaciones necesarias que deben efectuarse entre los comportamientos de los agentes. Hay que decir que, según esta visión, el destinatario de las normas son los ciudadanos en su conjunto. Precisamente porque el derecho es una organización de las relaciones externas entre los miembros de la sociedad, en aquellos puntos en que la conducta de unos es condición imprescindible para los demás, esta condición no puede depender de la voluntad fortuita e imprevisible de los llamados a cumplirla. Desde otra perspectiva, se insiste que el destinatario de las normas no son la masa de ciudadanos que viven en una sociedad, sino, por el contrario, los destinatarios son los llamados a hacerlas cumplir, esto es, en primer lugar, los jueces y magistrados, pero también los funcionarios del estado en todas sus categorías. Desde luego, se defiende también que la misión del derecho es estructurar la vida social, pero se cree que, en realidad, el cumplimiento de los mandatos por parte de los ciudadanos es aleatorio, que parecen no existir razones suficientes para la obediencia, que unas veces se obedece y otras no y que, en definitiva, quien tiene que atenerse al derecho, a los imperativos de las reglas jurídicas, son los jueces. La importancia de esta visión se basa en razones sociológicas, en estudios confeccionados sobre la conducta normal de las personas y el conocimiento que muestran del derecho.

En este punto, conviene entrar a analizar, aunque sea brevemente, a dar un repaso a las diferentes teorías que se han vertido acerca de la relación entre derecho y fuerza:

* **El derecho como coacción.** Tradicionalmente, se ha visto que el derecho no es más que un conjunto de normas cuya eficacia está reforzada mediante la amenaza del uso de la fuerza contra los transgresores, esto es, la pena, la sanción o castigo que deberá soportar el incumplidor. En efecto, se sostenía que lo propio de un ordenamiento jurídico es el hecho de imponer mediante la **coacción** la observancia de sus normas. La fuerza es lo esencial al derecho. Como dice el aùtor alemán **R. von**

Ihering (1818-1892): «El derecho es el conjunto de normas coactivas vigentes en un estado». Este autor se fijó especialmente en el elemento de la sanción dentro de la estructura del derecho. La sanción se destaca para Ihering sobre el estricto precepto que impone un determinado deber jurídico. Por eso mismo, las normas jurídicas van dirigidas propiamente no a los ciudadanos, sino a los jueces y al Estado que son los encargados de aplicar la coacción. La fuerza es el medio para el triunfo del derecho. En definitiva, el derecho nace de los intereses dominantes, de una voluntad social que tiene fuerza para imponerse. El derecho es una garantía, aunque coactiva, para la vida social.

Por su parte, los escritores anglosajones se remontan a J. **Austin** que define el derecho como mandato y el mandato como una expresión de deseo, de voluntad, que se distingue de cualquier otro tipo de deseo por el hecho de que el destinatario del mandato está expuesto a sufrir un mal por parte de quien manda cuando su conducta no satisfaga el deseo de éste. En ambos casos, se refieren a la fuerza como el elemento constitutivo del derecho, pero por «fuerza» puede entenderse en el sentido de *sanción* -el castigo por realizar una conducta antijurídica, tipificada legalmente- o como *coacción* -compulsión de conductas-. Simplificando que, mientras que en el caso de la sanción la fuerza se describe como un castigo por no haber realizado u omitido lo que el legislador pretende, en el caso de la coacción la fuerza se describe como impeliendo físicamente al cumplimiento de la norma (multas o resarcimientos de daños en caso de incumplimiento de contratos, desahucios). Claro que ambos conceptos no son sino las dos caras de la misma moneda. Si bien los dos conceptos son diferentes no puede obviarse que en la existencia de sanciones implica un cierto tipo de coacción. No cabe duda que la descripción de un conducta sancionada implícitamente supone coaccionar a otros a realizar esa conducta. El conocimiento generalizado genera un temor y, por tanto, expectativas de que no se ejecutaran acciones antijurídicas. Por ejemplo, el legislador dispone un determinado castigo para el homicidio o el robo. Ello supone no sólo que se castigará a quien mata o roba, sino también que se coacciona a posibles homicidas o ladrones (Lumia, Bobbio, N. Alvárez).

Según esta teoría, el derecho se vería reducido a la ejecución de actos de fuerza que imprime a las normas jurídicas un sello típico: el de la coacción y la sanción. Esta manera de ver el derecho se ve, sin embargo, fácilmente expuesta a serias dificultades. Se han presentado así escollos difícilmente salvables (Bobbio): 1.- *La observancia general espontánea de las normas.* El derecho es obedecido de forma espontánea, sin que sea necesario recurrir a la fuerza o a la coacción. O, simplemente, se cumplen las normas porque se tiene conciencia de la existencia de un deber jurídico de cumplimiento. 2.- *La existencia en todo ordenamiento jurídica de normas sin sanción.* O bien resulta que relaciones jurídicas que no pueden imponerse u obtenerse mediante procedimientos coacti-

vos, como puede ser el caso de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Un ejemplo del segundo caso es buena parte del derecho administrativo, del derecho cuya función es ordenar o regular los órganos de una sociedad, como son los Estatutos de la Universidad. O, un caso más relevante, el del derecho Internacional. 3.- El problema del *proceso al infinito.* Si una norma es jurídica porque está sancionada, también la norma que regula la sanción, para ser jurídica, debe estar también sancionada.

** **La coacción entendida como coercibilidad.** Estas críticas ha llevado a plantearse el concepto de coacción y ya no se insiste en el uso de la fuerza, sino en la posibilidad abstracta de la coacción, esto es, en la **coercibilidad.** Un defensor de esta versión ha sido **Recaséns Sichés**, quien en un intento de sintetizar esta visión, pero defendiendo el carácter consustancial al derecho de la coacción, niega la importancia del argumento de la espontaneidad en la obediencia al derecho: «no significa objeción ninguna frente a la tesis de la imposición inexorable, pues dicha tesis no afirma en modo alguno que la manera necesaria de realización del derecho sea el empleo de la fuerza, sino que sostiene que es esencial al sentido de la norma jurídica el que, para el caso de que no fuese cumplida voluntariamente, sea impuesto su cumplimiento mediante la fuerza. No se habla del hecho de la fuerza, sino de la esencial posibilidad de usarla cuando no se produzca el cumplimiento voluntario» (N. Alvarez).

Recaséns refleja claramente en este párrafo la tesis de que la coercibilidad es el elemento esencial del derecho. Ante la imposibilidad de considerar la coacción como elemento esencial al derecho por no encontrarse siempre presente en él, opta por considerar como esencial sólo la posibilidad de forzar, la compulsión que se hace sobre las personas. No alude al hecho, siempre contingente, de que un juez castigue leve o duramente o absuelva a un homicida o un violador, que la policía acuda a tiempo o llegue tarde para prevenir un comportamiento antijurídico, sino a la dimensión esencial de que pertenece necesariamente a lo jurídico el principio de poder o deber emplear la fuerza para vencer la rebeldía.

La idea que sustenta esta visión, según afirma Recaséns, es que el derecho debe ordenar objetivamente la conducta externa de los miembros de una sociedad, que debe estructurar la vida social en sí. El derecho entonces trata de que el sujeto realice todo aquello que es reputado como necesario e imprescindible para otro; luego la realización de esto no puede depender del querer de quien debe cumplirlo, de la voluntad individual, sino que tiene que ser impuesto de modo incondicionado, autárquico, a todo trance. Como el derecho requiere sujetar necesariamente a una persona en interés o por motivo de otra u otras, no puede dejar a aquélla en libertad de cumplir o no los deberes que le impone. Como el sentido del derecho consiste en establecer necesaria y eficazmente un mínimo de certidumbre y de fijeza en las relaciones sociales, por eso excluye ineludible-

mente la inseguridad que implicaría el confiar su observancia al albedrío. Por eso, es exigible el cumplimiento de los deberes jurídicos por la vía de hecho, por una imposición coercitiva que, en última instancia, haga imposible la infracción (Recaséns Sichés).

Pero, los problemas de la versión inicial continúan. En la exposición de Recaséns, que, como vimos, defiende la tesis de la coercibilidad como elemento esencial del derecho, salva los escollos sobre la base del significado del concepto mismo de coercibilidad. El derecho es coercible en tanto en cuanto es posible aplicar la fuerza -las sanciones, las penas, los castigos-, aunque esa fuerza no resulte eficaz y aunque esa fuerza se encamine a lograr el cumplimiento de una obligación subsidaria, esto es, sólo en caso de incumplimiento de alguna obligación. Sin embargo, exigir que la norma sea coercitiva para que sea jurídica supone «excluir -como escribe Alf Ross- del dominio del derecho partes esenciales que se hallan conectadas de forma inseparable con las normas derivadas que tienen el respaldo de la fuerza». Y continúa: «En primer lugar, tal interpretación excluiría todas las normas de competencia, puesto que estas no están respaldadas por la fuerza». Es decir, que para la teoría como la de la coercibilidad existe el problema de saber cómo pueden considerarse Derecho grandes áreas del derecho constitucional y administrativo que estas compuestas por normas de esta índole. La conclusión, de acuerdo a la teoría anterior, exige negar el carácter de jurídicas a partes extensísimas del derecho, lo cual parece, a todas luces, absurdo. (N. Alvarez).

*** **El derecho como regulación de la fuerza, como fuerza organizada.** Recientemente se ha abierto camino en la reflexión sobre el derecho la opinión de que el derecho no es tanto un conjunto de normas reforzadas por la amenaza del uso de la fuerza como el conjunto de las normas que regulan el uso de la fuerza. En otras palabras, la fuerza no se considera ya por los sostenedores de esta teoría (H. Kelsen, K. Olivecrona, A. Ross) como instrumento usado o esgrimido para asegurar la observancia de las normas jurídicas, sino que ella misma constituye el objeto de la reglamentación jurídica, la cual, precisamente, no tendría más función que la de establecer las condiciones de legitimidad del uso de la fuerza, designando a los sujetos a los que se pide que la utilicen y determinando los casos y modalidades en los que pueden utilizarse (Lumia).

Dos enfoques:

* **Ross y Kelsen: la juridicidad del derecho basada en el hecho de que la norma *esta referida* a la fuerza.** Para Ross, es indudable que haya referencia a la fuerza hay una norma jurídica. «Tenemos que insistir -escribe- en que la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que están referidas a la fuerza». Esto es, la tesis de Ross hace radicar la juridicidad de la norma *no en estar*

respaldada en la fuerza, sino en el *estar referida a la aplicación de la fuerza;* las normas de organización básicas de las instituciones del estado no están respaldadas en la aplicación de la fuerza, pero están referidas a su aplicación, en la medida en que organizan instituciones que tienen como función la administración de la fuerza. La referencia a la fuerza permite subsumir en el concepto de derecho normas que, desde la tesis de la coercibilidad, no lo estarían (N. Alvarez).

Kelsen (1881-1973) mantiene una posición muy similar cuando afirma que el Derecho es, en realidad, la *fuerza organizada,* institucionalizada en su ejercicio al estar regulada por el Derecho y al ser ejercida por la Administración. Para este autor, la diferencia entre el deber ser (mandato) moral y el jurídico se encuentra en las consecuencias que la norma jurídica imputa en caso de incumplimiento y esa consecuencia es un acto coactivo. Lo jurídico se caracteriza por ser coactivo en la medida que existe todo un aparato burocrático que, en su caso, opera imponiendo conductas. Es fuerza institucionalizada.

K. Olivecrona ha insistido en ese entendimiento del derecho como fuerza organizada. Siempre fue un autor que desechó toda visión idealista o metafísica del derecho y, por ello, vio el derecho como fenómeno social que opera entre otros fenómenos sociales. Y, en este sentido, el derecho aparece simplemente como fuerza organizada.

** **Bobbio: el derecho como regulación de la fuerza. N. Bobbio** es uno de los representantes -entre otros, Kelsen, Olivecrona, Ross- de la teoría que ve en el derecho no el conjunto de normas reforzadas por la fuerza, sino que la fuerza constituye el objeto mismo que reglamenta y regula el derecho. Curiosamente, **Bobbio** para fundamentar su versión parte de algunos aspectos de la teoría de Ihering, que, según vimos, defendía el carácter coactivo del derecho. **Ihering** fue el primero de los autores en dar un especial relieve a la tesis de que los destinatarios de las normas jurídicas no son los ciudadanos sino los órganos del estado encargados de ejercer la coacción. Hasta entonces, se había creído que el derecho imponía deberes a los ciudadanos, pero se olvidaba lo principal: que, en principio, el derecho impone deberes a los jueces, y en general a los órganos ejecutivos, y sólo indirectamente a los ciudadanos. El derecho sólo puede ser impuesto en la medida que se encomienda su ejecución a los jueces.

Pues bien, considerado el derecho como el conjunto de normas que, primero de todo, van dirigidas a los jueces o a los órganos ejecutivos, la coacción no podía ser considerada como el *medio* para realizar el derecho, sino que debía ser consecuentemente considerada como el *contenido* mismo de las normas jurídicas. El derecho no regula ya todos los comportamientos humanos que tienen alguna relación con la vida de sociedad, sino exclusivamente los comportamientos coactivos, es decir, los com-

portamientos dirigidos a obtener, mediante la fuerza, ciertos resultados. Puesto que los comportamientos coactivos representan varios modos de usar la fuerza, el derecho se convierte en el conjunto de normas que disciplinan el uso de la fuerza (Bobbio).

Poder coactivo es un término general que sirve para indicar principalmente cuatro formas de uso de la fuerza (Bobbio): a) El *poder de constreñir* (con la fuerza) a quienes no hacen lo que deberían hacer= cuestiones de familia. b) El *poder de impedir* (con la fuerza) a quienes hacen lo que no deberían hacer= prevención. c) El *poder de sustituir* (con la fuerza) a quienes no han hecho lo que deberían hacer (ejecución forzosa). d) *El poder de castigar* (con la fuerza) a quienes han hecho lo que no debían de hacer (pena, multa).

En otras palabras: distinguiendo los posibles comportamientos humanos tomados en consideración por el derecho en acciones y omisiones, la fuerza sirve respecto a las acciones para producirlas o sustituirlas, y respecto a las omisiones para hacerlas observar o para castigar.

El derecho, en cuanto conjunto de normas que disciplinan el uso de la fuerza, tiene respecto al poder coactivo, que es el objeto de la reglamentación, principalmente cuatro funciones: a) determinar las condiciones en las que el poder coactivo puede o debe ser ejercido; b) las personas que pueden y deben ejercerlo; c) el procedimiento con que debe ser ejercido en esas determinadas circunstancias y por esas determinadas personas; c) El *quantum* de fuerza de que puede y debe disponer quien, observando ciertos procedimientos, está encargado de ejercer en determinadas circunstancias el poder coactivo. Decir que el derecho es la regla de la fuerza significa, en otras palabras, decir que el derecho es el conjunto de las normas que regulan el *cuándo,* el *quién,* el *cómo* y el *cuánto* del ejercicio del poder coactivo.

De todas formas, no hay duda de que esta teoría deja un tanto perplejos puesto que, por un lado, sacrifica la existencia de normas primarias -esto es, lo preceptos que realmente deben obedecerse, normas que establecen qué debe hacer o qué no debe hacerse- a las normas secundarias -normas que preveen las sanciones en el caso de que las primeras sean violadas- y, por otro, que elimina a los ciudadanos como destinatarios de las normas jurídicas. Se hace muy difícil pensar que un reglamento sobre la circulación por carretera esté hecho para los guardias de tráfico e, incluso, para los jueces, y no para los automovilistas.

En el primer caso, el problema se suscita por cuanto afirmar que es Derecho aquella norma que regula el uso de la fuerza, deja fuera del concepto de derecho a

las normas cuyo fin no sea ese. Del mismo modo, sucedía con la teoría tradicional que entendía que sólo es derecho el que es reforzado con la fuerza. Pues bien, para la teoría sobre la regulación el criterio para incluir una norma dentro de un ordenamiento jurídico no sólo es el afirmado, sino también el de la validez. Afirma **Bobbio**: «Sólo teniendo en cuenta el hecho de que la teoría del derecho como regla de la fuerza define al derecho como conjunto de normas, como ordenamiento, y de que no pretende en absoluto, como intentaba la teoría tradicional, un criterio para definir la norma jurídica aisladamente considerada, se puede apreciar la ventaja que aquella presenta sin asustarse por la hecatombe de las normas primarias: el problema ... es otro... El único modo de salvar a las normas primarias es admitir que el criterio para reconocerlas es distinto del criterio que se propone para reconocer un ordenamiento jurídico».

Resumiendo: parece que el elemento «fuerza» es algo que debe tenerse en cuenta al hablar del concepto de derecho. Ya sea «fuerza» entendida en el sentido de «coacción» o «sanción», o de «coercibilidad» o de «referencia» o la simple vocación de la norma a estar dotada o de regular el uso de la fuerza. Pero, es una cuestión que hay que matizar. Parece, más bien, que ambas teorías presentan una cara de lo que es la realidad del Derecho: por un lado, las viejas funciones represivas y coaccionadoras que cumplía en el Estado liberal: por otro, los autores se fijan en las nuevas funciones y papeles que realiza el Derecho en la sociedad actual: sobre todo, las funciones promocionales y distributivas, donde el Derecho ya no presenta esa cara hosca y hostil, sino otra cara más bondadosa, la que presenta cuando su objetivo es el logro de unas mejores condiciones de vida para los ciudadanos, más bienestar y más riquezas. Precisamente, porque estos parecen ser objetivos relevantes y porque el Derecho se ha transformado paralelamente al Estado es posible defender que es un eficaz instrumento para lograr buenas dosis de *consenso* entre los individuos, es decir, adhesión espontánea y, en consecuencia, una obediencia sin necesidad de recurrir a la violencia jurídica. En este sentido, el Derecho se presente como un sólido mecanismo de control social, aspecto éste que no debe ser descuidado en toda aproximación al fenómeno jurídico y que trataremos con más profundidad en páginas posteriores.

En resumidas cuentas, como dice Lumia (p. 22), «la organización social y el poder, que es la fuerza conformadora de aquélla, se apoyan esencialmente en dos fundamentos: el consenso y la fuerza... Los procesos de socialización y de interiorización -los cuales se apoyan hoy, además de en las instituciones escolares y educativas, en los llamados medios de comunicación de masa- tienden a procurar este consenso; pero precisamente porque tales medios no son suficientes para eliminar el fenómeno de la desviación, surgen los mecanismos de control social, entre los que el Derecho ocupa un puesto privilegiado caracterizado por un alto nivel de organización. Y si es

verdad que el Derecho se asienta sobre todo en el consenso, es igualmente cierto que, en última instancia, debe poder contar con la fuerza para imponer a los desobedientes el respeto a sus normas».

Como punto y final, parece que, a primera vista, dos elementos son los rasgos característicos de la forma en que el derecho consigue persuadir a los hombres de que adopten comportamientos no conflictivos y cooperativos y generar un sistema de expectativas que faciliten esos comportamientos. Estos son la **autoridad** y la **coacción:**

a.- La **coacción,** el poder sancionador del derecho. Como estamos viendo, una de las experiencias que más resalta cuando nos acercamos al mundo del derecho es el hecho de la existencia de normas que incorporan sanciones en el caso de no ser debidamente observadas. El hecho de que la eficacia de las normas se vean reforzadas por la amenaza del uso de la fuerza es ampliamente reconocido. Se ha sostenido así que lo propio de un ordenamiento jurídico es el hecho de que impone mediante la coacción la observancia de las normas y se pone de manifiesto no tanto que lo esencial al derecho es el acto de la coacción como la posibilidad abstracta de la coacción (coercibilidad). Ejemplo: las multas, que es lo que más se palpa en la vida diaria.

El Estado, que detenta un cuasimonopolio de la fuerza disponible en una sociedad, por un lado emplea esa fuerza para persuadir a la gente a actuar de modo de satisfacer fines y objetivos establecidos por los órganos competentes y, por otro lado, pone esa fuerza a disposición de los particulares para que hagan valer los esquemas de cooperación básicos. Esto afecta doblemente: hay normas jurídicas cuya desviación está amenazada con el empleo de la coacción estatal, y hay otras que son necesario satisfacer si se quiere contar con la coacción estatal. En todo caso, la necesidad de evitar o de contar con el respaldo de la coacción proporciona razones *prudenciales* que pueden ser efectivas cuando no lo son las de índole moral.

b.- La **autoridad.** Consiste en todo el conjunto de órganos o instituciones encargados de indicar cuáles son las conductas genéricas que se supone deseables y de resolver, en casos particulares, conflictos. Las reglas y los órganos creados están dirigidos tanto a disuadir a las personas a realizar ciertas conductas como a promover determinadas expectativas. La autoridad de estas reglas y de las instituciones, y de las decisiones que se toman, no dependen, a diferencia de la de las reglas y decisiones de índole moral, de algún rasgo intrínseco, sino de la *legitimidad* de los órganos en que se originan y de un *consenso mínimo* entre los ciudadanos. El concepto de legitimidad es un tanto difuso, aunque depende de los principios, criterios o, según, de aquellos valores que inspiran el ordenamiento jurídico.

La legitimidad depende, desde luego, de la concurrencia de unas mismas concepciones morales de la gente que sirvan para considerar como legítimos a los órganos e instituciones sociales y de la medida en la cual la población esté dispuesta a observar lo prescrito por las autoridades competentes.

Por otra parte, parece evidente que, en la inmensa mayoría de los casos, las normas jurídicas son respetadas por sus destinatarios espontáneamente y no por el temor de incurrir en las sanciones previstas para los desobedientes. Hay una **adhesión espontánea,** que es lo que suele llamarse **consenso.** Los procesos de socialización y de interiorización -instituciones escolares, familiares y otras formas parecidas- tienden a procurar este consenso; pero precisamente porque tales medios no son suficientes para eliminar todas las conductas desviantes. Si bien es verdad que el derecho se asienta sobre todo en el consenso, es igualmente cierto que, en última instancia, debe poder contar con la fuerza para imponer a los desobedientes el respeto a sus normas.

1.4.- Las caras del Derecho y los diferentes saberes jurídicos.

Lo visto hasta ahora nos da una idea general de la noción de Derecho que puede servir como primer acercamiento al problema, pero el fenómeno jurídico es más complejo de lo que a primera vista pudiera parecer. En realidad, el Derecho se nos presenta como un fenómeno multifacético, no es algo estático sino en continuo movimiento. Y he ahí una razón para poder hablar de la complejidad del fenómeno jurídico. De hecho, nos exhibe una «cara», o varias, dependiendo del lado desde el cual nos ubiquemos para contemplarlo y analizarlo. Y cada una nos dará también una idea distinta y una imagen de la que destacan rasgos peculiares y diferentes. Por eso, suele hablarse de que el mundo del Derecho tiene tres caras o dimensiones que nos presenta el Derecho como algo reductible a tres aspectos puntuales. Estos son: el Derecho como *valor,* como *norma* y el Derecho como *hecho.* En sí, esta dimensión tripartita no es sino una forma de simplificar el conjunto del problema, pero, al mismo tiempo, es una distinción clarificadora de los prismas desde los cuales puede estudiarse el Derecho. Es más, para algunos autores, a partir de estos tres planos es posible perfilar las diferentes disciplinas que se dedican al estudio del mundo del Derecho, precisamente por el prisma desde el cual se estudia todo el fenómeno jurídico. La verdad es que recurrir a esta clasificación lleva a simplificar en exceso toda la complejidad del problema y no siempre es fácil casar y engarzar todos los saberes jurídicos siguiendo este esquema. Con todo, desde una perspectiva pedagógica, para aquéllos que se acercan a la complejidad del Derecho puede tener alguna utilidad utilidad. Así, en lo que viene a

continuación, voy a seguir estas ideas para mostrar cuáles son las caras del Derecho y los saberes jurídicos que estudian el Derecho, pero siempre que se tengan en cuenta las cautelas ya señaladas (J. de Lucas, p. 30-31, 243 y ss.; R. Molinero, p. 138 y ss; Atienza).

Desde cada una de las dimensiones, el Derecho aparece con las siguientes formas:

1.- Como *valor,* el Derecho aparece vinculado e identificado con el fin o fines que pretende realizar y que inspira su normatividad. En la mayoría de los casos, la idea que rige y perfila el fenómeno jurídico será la idea de Justicia. El fin del Derecho es plasmar en sus normas esa idea de Justicia, con lo que nos encontraremos con que el Derecho es siempre Derecho justo. Desde este prisma, el Derecho responde a determinados ideales de Justicia que son los que dan validez a todo el sistema jurídico. Se busca una validez ideal. Esta cara del Derecho ha tenido un gran éxito en la Historia de la Filosofía del Derecho al ser el aspecto sobre el cual ha hecho un gran hincapié todo el iusnaturalismo.

Pues bien, desde esta perspectiva, lo que podemos captar es la *dimensión valorativa* del Derecho. Aunque las concepciones iusnaturalistas han tenido durante mucho tiempo una gran predicación, hoy prima, por el contrario, un enfoque mucho más positivista en su estudio. Por eso, debemos tener en cuenta que el Derecho no es la mera materialización de algún determinado valor, sea la Justicia, la Libertad, o la Seguridad, y, sin embargo, tampoco puede obviarse el hecho de que las normas jurídicas, de alguna manera, tienden a la realización de algún determinado valor que, en última instancia, fundamenta su regulación.

2) Como *norma,* el mundo del Derecho aparece con una cara radicalmente distinta. El Derecho no se justifica como materialización de un valor, sino que es, entonces, un conjunto de normas, de mandatos, de preceptos establecidos por una autoridad competente. El Derecho aparece como un conjunto de mandatos que expresan la voluntad de la autoridad del Estado quien, además, refuerza su cumplimiento con su aparato coactivo, con la fuerza. Esos mandatos dictados por la autoridad competente del Estado tienen la característica de que establecen obligaciones para los destinatarios, es decir, los ciudadanos en general y, en particular, los funcionarios. Lo que destaca este plano es el carácter coactivo de las normas jurídicas, su normatividad, los elementos que la componen, cómo se estructuran, cuáles son los principios y las reglas de juego de un sistema jurídico.

Por ello, la dimensión que nos presenta es la *dimensión normativa* del Derecho. La realidad del Derecho como una instancia coactiva, investida de obligatoriedad, con sus principios y elementos internos, con sus procedimientos de creación y aplicación de normas. También aparece como un Derecho concreto, vigente en un momento dado, con sus problemas de sistematización, sus problemas de coherencia. Es una dimensión que ve el Derecho desde el Derecho mismo, desde dentro y nos muestra sus interioridades. Es el Derecho en tanto que establecido, «muerto».

3) Como *hecho,* por el contrario, el Derecho que nos interesa es el Derecho vivo, el Derecho como regulación que es establecida para ser realizada, para lograr unos objetivos en la vida social. El Derecho en tanto que «conjunto de normas que realmente y efectivamente rigen la vida de una colectividad en un momento histórico determinado, ya emanen o tengan su origen en el poder legislativo, en la jurisprudencia o se trate de normas consuetudinarias. Se trata del Derecho *eficaz,* que tiene efectos sociales. Entonces, sólo interesan «aquellas reglas jurídicas que han conseguido aplicación práctica, eficacia de hecho, son consideradas como tal, con independencia de cualquier referencia a su elaboración, conexión con el mundo de los valores...».

Estamos ante la *dimensión social* del Derecho, en la medida que tiende a orientar nuestras conductas en un marco social y es expresión de un contexto histórica y obedece a una determinada cultura. Y, en consecuencia, dependiendo de las circunstancias sociales cumplirá una u otra función específica.

Ahora bien, una teoría que sólo se fije en una de estas dimensiones, sea la valorativa, la normativa o la social, nos dará una visión sesgada, fragmentaria del Derecho. En realidad, no hay una dimensión que sea más importante que las otras e, incluso, difícilmente podría separarse un tipo de conocimiento de los demás. El Derecho no consiste en una sola faceta. Por eso, hay que postular una visión global del Derecho que aúne las tres dimensiones. «El Derecho es resultado de la interacción entre estas tres dimensiones y, en consecuencia, una comprensión plena del fenómeno jurídico supone no perder de vista cada una de ellas» (J. de Lucas, p. 31). Conviene tener bien presente en todo lo que sigue esta idea, pues no presentará al Derecho como algo fructífero y sugerente, amoldable al prisma que nos interese.

Pues bien, esta división de la realidad jurídica en tres caras sirve también para caracterizar los diferentes saberes jurídicos según el objeto en torno al cual centran su estudio:

1) Si nos fijamos en la dimensión valorativa del Derecho, es la **Filosofía del Derecho** la disciplina o saber que estudia los fines o ideales del Derecho. La Filosofía

del Derecho se ocupa de estudiar el Derecho desde la perspectiva de sus fundamentos, de los valores que deberían guiarlo y, en concreto, del estudio de la Justicia. «La Filosofía del Derecho es una reflexión de carácter *filosófico* sobre la realidad jurídica. Como tal es una indagación racional sobre el Derecho, pero que trasciende al conocimiento científico sobre el mismo» (J. de Lucas, p. 255). Como afirma Elías Díaz, «la Filosofía del Derecho intenta constituir una reflexión crítica sobre el Derecho y una reflexión acerca del sentido del Derecho».

En realidad, la expresión «Filosofía del Derecho» no aparece hasta el siglo XIX y a partir de un movimiento filosófico bien conocido. Hegel y sus herederos fueron los que instituyeron a la Filosofía del Derecho como un saber jurídico. Para F. González Vicén, la Filosofía del Derecho no es una reflexión filosófica cualquiera sobre el Derecho, sino una forma específica de reflexión filosófica sobre el Derecho que surge a comienzos del siglo XIX ligada a la aparición del positivismo jurídico, de modo que las reflexiones filosóficas anteriores sobre el Derecho no habrían sido lo que hoy entendemos por Filosofía del Derecho, sino metafísica y ontologías jurídicas, esto es, lo que llamamos «Derecho natural». La mayoría de los autores, sin embargo, entiende que los orígenes de la Filosofía jurídica en sentido amplio se remonta a la filosofía griega, en la que encontramos las primeras reflexiones filosóficas sobre el Derecho, la justicia, la obediencia a las leyes con las cautelas oportunas (J. de Lucas, p. 256).

En cuanto al contenido de este saber jurídico, qué es lo que estudia, cuál es su objeto de atención, no hay un acuerdo entre las diferentes corrientes de pensamiento. «En todo caso se trata de la discusión de problemas y del esclarecimiento de nociones jurídicas que lo juristas habitualmente no afrontan o presuponen en su trabajo cotidiano de interpretación del Derecho positivo»(Bobbio en J. de Lucas, p. 256). Teniendo presente esto, se puede hacer un elenco de los temas propios de la Filosofía del Derecho:

a) Formular un concepto general, una noción del Derecho (Ontología jurídica). Se trata de una indagación acerca de qué es el Derecho, no desde un punto de vista empírico-científico, sino ontológico-filosófico. No se estudia cómo es el Derecho aquí ya hora, sino qué debe entenderse por Derecho en general.

b) Otra misión que suele atribuirse a la Filosofía del Derecho es la de plantearse la cuestión del sentido del Derecho en la vida humana, indagando el porqué de la presencia del Derecho en la vida de los seres humanos. Para ello puede apoyarse en los datos que proporcionan otras disciplinas especializadas como la antropología. Datos sobre la existencia del hombre.

c) Un tercer conjunto de cuestiones de la Filosofía del Derecho concierne con los problemas de fundamentos, de la legitimidad del Derecho (Axiología jurídica). En este ámbito se plantean problemas tales como el de porqué y cuándo hay obligación de obedecer el Derecho, el de si el Derecho es mera expresión de la fuerza o hay otros factores que lo justifican, el de si el Derecho se justifica por razones de utilidad o se funda en la libertad o en la igualdad. Son problemas éticos del Derecho, problemas de justicia. Por eso se denomina también Teoría de la justicia porque trata la cuestión de cómo *debería ser* el Derecho.

Esta parte de la Filosofía del Derecho presenta dos vertientes: la de la indagación racional y crítica sobre los valores jurídicos, sobre la justicia, y la de la crítica de la racionalidad y legitimidad del Derecho existente, de los Derechos existentes (vigentes y/o eficaces).

d) Se incluyen en la Filosofía del Derecho los temas que implican una reflexión sobre la Ciencia jurídica y el trabajo de los profesionales del Derecho (jueces y juristas en general), poniendo de manifiesto el sentido y el significado de esa labor, tratando de aclarar los objetivos y los fines a los que se dirige examinando críticamente los métodos que utiliza la Ciencia del Derecho, determinando el carácter y los límites de sus resultados (Teoría de la ciencia jurídica).

Según Bobbio, esta teoría puede contribuir a perfeccionar la jurisprudencia, en cuanto que permite al jurista analizar sus propios métodos de trabajo, el valor de sus instrumentos de investigación y de construcción, la variedad y el valor de los razonamientos empleados...

2) Si nos fijamos en la dimensión normativa del Derecho, la disciplina que lo estudia como conjunto de normas impuestos por una autoridad es la **Ciencia del Derecho.** Se estudia el Derecho desde un prisma científico-jurídico, desde el cual se abordan temas como su estructura, el Derecho vigente, su creación, interpretación y aplicación...

La Ciencia del Derecho es una disciplina normativa. Su contenido es el Derecho positivo, las normas jurídicas positivas: describe, muestra, analiza cuál es y cómo es el Derecho vigente. Y a partir de las normas lleva a cabo una tarea de construcción de instituciones y conceptos jurídicos fundamentales y de sistematización del ordenamiento jurídico. Pero toda esta actividad está orientada, en última instancia, hacia la aplicación de las normas en la realidad social, para la resolución de casos concretos. De ahí que no sea un actividad meramente teórica, sino teórico-práctica sin desentenderse de la realidad social.

Un problema particular de la Ciencia del Derecho es el de su cientificidad. Se especifican dudas sobre su carácter científico, dudas son muy antiguas pues se remontan a la jurisprudencia romana. Pero el problema se plantea desde el Renacimiento y desde el siglo XIX, siglos en los que se desarrollan unos determinados modos de conocer la realidad. Son épocas de eclosión de los métodos científicos. El problema es que el conocimiento del Derecho positivo se resiste a ser científico, a aplicársele el modelo de ciencia que se aplica a las ciencias experimentales. De ahí que surgieran numerosas críticas contra el carácter científico de la Ciencia del Derecho.

La más famosa de esas críticas fue la del fiscal prusiano J. von Kirchmann en su opúsculo *La jurisprudencia no es ciencia.* Su argumento básico es que la Ciencia del Derecho como estudia el Derecho Positivo no es tal porque el Derecho Positivo es algo cambiante y contingente y, en consecuencia, no susceptible de conocimiento científico. Debido a la variabilidad de su objeto de conocimiento -el Derecho vigente-, sus resultados no son permanentes, sino efímeros. Famosas frases de Kirchmann: «En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura».

Hoy esta opinión no es tan generalmente aceptada. Como dice E. Díaz, la crítica de Kirchmann se basaba en la concordancia entre el modelo de ciencia natural, único considerado válido dentro de la concepción decimonónica de ciencia, y el conocimiento científico del Derecho. Como no había tal concordancia, la jurisprudencia no era una auténtica ciencia. Hoy, sin embargo, se ha experimentado un profundo cambio en el concepto y sentido de lo que es ciencia; hoy desde Dilthey, se habla también de las ciencias del espíritu, ciencias sociales o de la cultura, o ciencia humanas.

Hoy lo decisivo a la hora de afirmar la importancia de la jurisprudencia no es que se la califique o no como una ciencia, sino llamar la atención sobre su utilidad, sobre las funciones sociales que desempeña. Teniendo presente esta última idea, la Ciencia del Derecho puede dividirse en tres sectores: la dogmática jurídica, el Derecho comparado y la teoría general del Derecho.

a) *Dogmática jurídica.* El nivel inicial dentro de la Ciencia del Derecho lo constituye la dogmática propia de cada determinado sistema jurídico vigente o de cada sector (Derecho civil, Mercantil, Administrativo, ...) dentro de un determinado sistema jurídico vigente. La dogmática jurídica estudia el Derecho vigente (o cada sector de él) en un determinado momento histórico y en un cierto ámbito espacial que, en general, tiende a coincidir con el de las naciones.

Funciones de la dogmática según Atienza: suministrar criterios para la interpretación y aplicación del Derecho vigente; suministrar criterios para el cambio del Derecho: y elaborar un sistema conceptual que permita llevar a cabo las funciones anteriores.

b) El *Derecho comparado.* Consiste en el estudio comparativo de diversos ordenamiento jurídicos globalmente considerados o bien de instituciones concretas o sectores normativos correspondientes a diversos ordenamientos jurídicos.

c) *Teoría general del Derecho.* Es un sector de la Ciencia del Derecho que, sobre la base de la observación y la explicación de los diversos sistemas normativos, estudia los problemas que son comunes a todos o a la mayor parte de los sistemas de Derecho, analizando la estructura del Derecho, los conceptos jurídicos fundamentales (derecho subjetivo, relación jurídica, obligación jurídica,...), cuestiones como la de las fuentes del Derecho, la interpretación y aplicación del Derecho, etc.

La teoría general del Derecho se propone a través de un procedimiento de inducción y análisis comparativo, sobre la base de las construcciones de la dogmática y de los resultados del Derecho comparado, la elaboración de un conjunto de conceptos, elementos y estructuras más o menos comunes tanto a los diferentes sectores de un ordenamiento jurídico, como a los diferentes ordenamientos jurídicos correspondientes a distintos países e incluso a distintas familias jurídicas.

3) Si nos fijamos en la dimensión social del Derecho, el Derecho vivo y eficaz, la disciplina que lo estudia es la **Sociología del Derecho,** que se encarga del estudio de la cuestiones y problemas que surgen de las recíprocas relaciones entre el Derecho y la sociedad. En realidad, la Sociología del Derecho como disciplina, como ciencia social, en cuanto rama especializada de la Sociología, es relativamente reciente. De todas formas, suelen señalarse algunos precursores de la Sociología del Derecho desde Aristóteles, Vico, Montesquieau, y unos padres», en el siglo XIX, con Comte y Saint-Simon. De entre una lista considerable de autores que han fundado la Sociología del Derecho hay que destacar, con R. Treves, a C. Marx M. Weber, Theodor Geiger y G. Gurvitch, que se han ocupado tanto del problema de la sociedad en el Derecho, esto es, del aspecto microsociológico de la disciplina, como del problema más amplio del Derecho en la sociedad considerada en su conjunto.

¿Cuáles son los temas de la Sociología del Derecho? El tema genérico del que se ocupa es el de las relaciones recíprocas entre Derecho y sociedad. Así, investigaría tanto la influencia de los factores sociales sobre el Derecho, como la influencia del Derecho sobre la sociedad. Estudia los factores de todo tipo (políticos, económi-

cos, culturales) que influyen en la creación, mantenimiento, modificación y desaparición del Derecho y de los valores jurídicos. Por otra parte, la Sociología del Derecho estudia también la influencia del Derecho y de los valores jurídicos sobre la realidad social, abordando temas como el de las funciones del Derecho en la sociedad, efectos sociales de las normas o instituciones jurídicas, función de los juristas en la sociedad,...

Bibliografía.-

ATIENZA, M., *Introducción al Derecho,* Barcelona, Barcanova, 1985, pp. 289-371.

DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho,* 7.ª reimp. de la 2.ª edic., Madrid, Taurus, 1992, pp. 11-16.

GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho,* México, Edit. Porrúa, 1985, pp. 115-123.

LLOYD, D., *La idea del Derecho: ¿perversidad represora o necesidad social?,* Madrid, Cívitas, 1985, pp. 17-52.

LUCAS, J. de, y otros, *Lecciones de Introducción al Derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 27-34.

LUMIA, G., *Principios de Teoría e Ideología del Derecho,* 3.ª edic., Madrid, Debate, 1978, pp. 19-22.

RECASÉNS SICHÉS, L., *Introducción al Estudio del Derecho,* México, Edit. Porrúa, 1990, pp. 1-28.

RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho,* Salamanca, Librería Cervantes, 1991, pp. 19-36 y 135-154.

II.ª PARTE

DERECHO Y SOCIEDAD

Segunda Lección

DERECHO Y SOCIEDAD

2.1.- Derecho y moral.

Con la cuestión que ahora se inicia, la relación entre el Derecho y la moral, entramos en una de las polémicas más vivas de la Filosofía del Derecho y también, con toda probabilidad, insoluble. Como dice Elías Díaz, «se trata, como es bien sabido, de un tema central en la filosofía moral y jurídica, pretérita y también actual, con numerosas implicaciones en la historia y en la realidad; en modo alguno es un tema que pueda ser considerado como anacrónico y ya 'superado'. Al contrario, si no se aclara mínimamente desde el principio se crean después confusiones que exigen volver a él de modo continuo». (p. 17). En efecto, la relación entre el Derecho y la moral es un problema recurrente que aparece en casi todos los temas jurídicos que se plantean entre especialistas. No es una disputa de gabinete sin incidencia real. Hasta los tribunales se ven precisados en bastantes ocasiones a delimitar, encuadrar el marco de estas relaciones, principalmente cuando se producen interferencias entre la norma jurídica y el poder del Estado frente a las pautas emanadas de la conciencia de los individuos. Por citar algunos ejemplos significativos ahí están los casos de objeción de conciencia y de desobediencia civil preconizada por sectores de la sociedad frente a los mandatos políticos y las normas jurídicas que los positivizan.

Es ésta también una cuestión de la que se ha hablado con insistencia en los programas de una disciplina como la Filosofía del Derecho y a la que se han dado multitud de soluciones. Incluso, se ha llegado a firmar su acta de defunción, como si fuese

un problema inexistente. Y algo de esto es cierto por cuanto la presentación de estos temas se limita a matizaciones o sutilezas teóricas sobre la noción de moral, si es o no coercitiva, y lo mismo sobre la del Derecho. Al margen de esto, tratar este tema sirve, desde luego, a nuestro propósito de esclarecer algo más el concepto de Derecho. Y ciertamente vamos a dedicarle bastante tiempo.

El origen del problema surge del hecho de que tanto la moral como el Derecho son dos mecanismos normativos dirigidos a regular la conducta humana. No son indudablemente los únicos, pues los «usos sociales», las «normas de trato» o los «convencionalismos sociales» también juegan un papel parecido, exigiendo una determinada conducta «decorosa», de «cortesía» o «de respeto social, «de compañerismo» y un largo etcétera. Pensemos, sin embargo, en la innumerable cantidad de actos, exigencias, prohibiciones que nos imponen estas reglas: el saludo, las invitaciones, propinas, regalos ... Lo importante es que todas estas normas, incluidas las reglas del Derecho y la moral, componen una tupida red de preceptos e imperativos cuyo objetivo es encauzar la conducta de los individuos en el marco de la vida social, hacer posible las relaciones intersubjetivas. Precisamente, porque el objeto de estos sistemas normativos es orientar socialmente las acciones humanas suele hablarse de valores, de principios que inspiran las diferentes formas de regularlas, aunque muchas veces se haga sin demasiada precisión. La vida en sociedad está así organizada en torno a un conjunto variado de reglas, principios y preceptos que limitan y determinan las acciones de los individuos ajustándolas a los objetivos e intereses dominantes en una comunidad (Calvo).

A lo largo de este epígrafe, vamos a desarrollar algunos aspectos conceptuales que es conveniente conocer antes de profundizar en las cuestiones que estudiaremos en los que siguen. Creo necesario empezar por delimitar el núcleo central del problema como primera medida; luego, presentaré los planteamientos que han predominado últimamente y predominan en la actualidad para, finalmente, aclarar algunos aspectos conceptuales relacionados con la noción de «moral» y entrar ya de lleno en las diferencias y problemas en las relaciones entre el Derecho y la moral en los dos epígrafes siguientes.

De todas formas, con E. Díaz, «no importa adelantar que frente a la tesis de la mayor o menor confusión entre moral y Derecho, por un lado, y de la más o menos radical ruptura y falta de comunicación entre ambos niveles, por otro, la actitud a que aquí se llega está centrada en la idea de la diferenciación clara pero, a la vez, de la conexión básica, ineludible y útil entre estos dos sectores, moral y jurídico, Sólo desde una plataforma ética cabe, en última instancia, la crítica, el cambio y la necesaria transformación del Derecho. Se trata de no confundir el derecho que 'es' y el derecho que 'debe ser'; pero se trata también de que ambos niveles no se desconozcan ni se ignoren». (p. 17).

1.- *Sobre el objeto de la cuestión.* Una norma como, por ejemplo: «el comprador debe pagar el precio», en su función prescriptiva primaria, tiene un alcance impreciso: no podríamos decir si se trata de una obligación moral o de una obligación jurídica, impuesta al comprador. Claro que tampoco podríamos establecer una distinción por el tipo de conducta que motivara: puesto que pagar el precio no es de por sí ni conducta jurídica ni conducta moral (Vernengo, p. 136-7).

Una norma aislada no nos da criterios para saber si se trata de una norma moral o de una norma jurídica, pues, para saberlo, tenemos que relacionarla con otras prescripciones. Frente a una norma aislada, no hay inconveniente en considerarla tanto norma moral, como norma jurídica. El problema de la distinción se presenta cuando, frente a un conjunto de normas, nos interesa saber si las predominantes -las que deben ser efectivamente acatadas- son las normas positivas establecidas por un legislador, o normas de tipo moral-religioso, o morales ideales.

Es decir: la necesidad de establecer diferencias entre un orden moral y un orden jurídico aparece cuando la distinción que efectuemos en la apreciación social o valorativa de la conducta. En otros términos: el problema de la diferenciación entre regulación moral y regulación jurídica implica la existencia de alguna incertidumbre sobre el carácter deóntico de la norma que corresponde aplicar en ciertas circunstancias. La incertidumbre puede provenir de que, en una situación, normas diferentes indiquen propuestas incompatibles como debidas: una norma obliga a una acción que otra norma prohibe. Claro está que este conflicto entre normas no puede ser resuelto sosteniendo que la conducta que una de ellas regula es conducta moral, mientras que la conducta debida según la otra sería una conducta jurídica, sin incurrir en una petición de principios. La cuestión es cómo se dirime el conflicto entre normas con igual pretensión de validez reconocida; la distinción entre normas morales y normas jurídicas es, justamente, una tentativa de encontrar un criterio para resolver el conflicto, inclinándose por una o la otra, según se dé mayor peso a la moral o al derecho y se defina éstos de una u otra manera. De no presentarse esta situación de incertidumbre, de conflicto entre normas cuya fuerza obligatoria se admite, sería indiferente que la acción cumplida por un sujeto en ciertas circunstancias, sin perplejidades de parte del actor y del grupo, sea vista como moral o jurídicamente debidas.

2.- *Planteamientos actuales sobre la cuestión.* La relación entre el Derecho y la moral ha sido y es una cuestión largamente debatida por la filosofía moral y jurídica. Se pueden encontrar los primeros interrogantes en la filosofía griega, en la Escolástica y filosofía medieval, en la Escuela de Derecho Natural racionalista hasta llegar a Chr. Thomasius e I. Kant, sobre todo éste último, pues es quien reformula todo el debate

de la modernidad intentando dar una respuesta convincente. Sus conclusiones serán objeto de un comentario posterior. Aquí sólo interesa cómo quedó el debate después.

Suele decirse que dos son las posturas importantes que han dominado en la escena filosófico-jurídico sobre la relación entre el Derecho y la moral: el iusnaturalismo y el positivismo jurídico.

* El *iusnaturalismo* parte del supuesto de que entre Derecho y moral existe una vinculación o unión esencial. Es más, se defiende que debe existir una total sumisión de los mandatos jurídicos respecto de los de la moral. El Derecho debe recoger los preceptos morales y positivizarlos, reforzarlos con su capacidad coercitiva. El Derecho es Derecho en la medida que es Derecho justo de forma que la misma validez y existencia del Derecho depende de los mandatos morales y, en concreto, de la concordancia entre los preceptos jurídicos y lo estipulado por la moral. Total supeditación del Derecho a la moral. Esta es la idea central que caracteriza al iusnaturalismo. La verdad es que, a lo largo de la Historia de la Filosofía, esta tesis ha sido defendida de muchas formas diferentes, aunque siempre ha sido la misma. Como ejemplo de defensores tenemos a Aristóteles, Tomás de Aquino, la Escolástica española con Fco. de Vitoria a la cabeza, G. Vico. También debe incluirse a la Escuela de Derecho Natural racionalista con H. Grocio, Chr. Thomasius y S. Pufendorf, incluso I. Kant. Incluir más autores de la Ilustración que en puridad defienden tesis muy similares hay que hacerlo con matices y caso a caso, pues ya hay autores que anticipan las futuras propuestas del positivismo.

Profundizando un poco más, hay dos elementos que componen la idea central del iusnaturalismo: a) el primero consiste en afirmar que la moral es el *fundamento* esencial del Derecho, tanto en su aspecto justificativo como en su aspecto operativo. b) Y el segundo elemento consiste a su vez en afirmar que el Derecho que no se ajuste a la moral, tanto en su contenido normativo como en su operatividad, carece radicalmente de *validez.* (R. Molinero, 73). Estas dos tesis se encuentran en todo el iusnaturalismos clásico, en particular, en Aristóteles y Tomás de Aquino. En particular, es el objetivo de la distinción entre la *lex aeterna,* la *lex naturalis* y la *lex humana* o *positiva,* que implica, entre otras cosas, una jerarquía en el orden del mundo, así como una teoría del conocimiento.

Por lo demás, en el iusnaturalismo en sus versiones modernas, la exigencia de que el Derecho sea justo se traduce no en la exigencia de respetar unas reglas morales y de justicia e inmutables (lo que afirmaba el iusnaturalismo clásico y el racionalista), sino unos principios que, aunque necesarios (esto es, no arbitrarios, no meramente discrecionales), son, al mismo tiempo, flexibles (es decir, que aun manteniendo su esencia, varían

y se adaptan a las diversas circunstancias históricas) (J. de Lucas, p. 44). Los partidarios de la tesis iusnaturalista insisten una y otra vez en que, en la medida en que el Derecho se aleja cada vez más de los principios o verdades morales supremas y se va diferenciando progresivamente de la moral, no sólo se le debe reconocer una autonomía más o menos plena, sino incluso una neutralidad total, en cuanto se estima que en ese nivel su contenido normativo puede ser moralmente indiferente (R. Molinero, p. 73).

* Contrapunto de esta teoría es el *positivismo jurídico* que ven el Derecho y la moral como dos bloques normativos compactos que, aunque tienen relación de vecindad, se diferencian radicalmente. El positivismo jurídico defiende la total separación y diferenciación de ambos bloques normativos. Son muchos también los autores y los matices de esta teoría. Pero, sobre cualquier otro hay que mencionar, desde luego, la «Teoría pura del Derecho» de H. Kelsen, el que más encarnizadamente postuló la separación entre el mandato jurídico y las cuestiones de Justicia. Efectivamente, pueden realizarse juicios de valor sobre las normas o la aplicación concreta del Derecho, pero ello no afecta, en absoluto, a la validez de las normas jurídicas.

Otro positivista clásico será J. Austin, uno de los más grandes representantes del positivismo jurídico que escribía: «La existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito otra». (J. de Lucas, p. 45).

Pero hoy, en la actualidad, el positivismo jurídico va por derroteros un tanto distintos. Se tiende a reconocer las conexiones entre Derecho y moral. Un caso particular es el de H.L.A. Hart y su obra El concepto de Derecho (1961), quien, por su formación, resulta ser positivista, pero él mismo discute esta adscripción. Y no le falta razón, pues, pese a que construye su teoría a partir de Austin, sin embargo, deja introducir en su positivismo por una serie de fisuras los designios de la moral. Interesa un breve relato de la teoría de este autor pues hoy tiene una enorme predicación entre los filósofos del Derecho. Elementos de su perspectiva sobre el Derecho y la Moral:

a) Hart mantiene lo que llama un «concepto amplio de Derecho» que se identifica con la vigencia formal y, por tanto, rechaza, el «concepto más restringido» que exigiría una adecuación a criterios morales. Para Hart, el Derecho formalmente vigente es valido, es Derecho, aunque sea injusto o contrario a la moral. O sea, las normas dictadas por la autoridad competente de acuerdo a los procedimientos legalmente establecidos. Otra cuestión distinta es la posibilidad, que admite Hart, de criticar al Derecho desde el punto de vista de la moral e incluso la desobediencia al mismo por razones morales.

b) Hart describe, por lo demás, diversas conexiones e implicaciones que, de hecho, se dan entre el Derecho y la moral: «El Derecho de todo estado moderno

muestra en mil puntos la influencia tanto de la moral social aceptada como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran en el Derecho ya abruptamente y en forma ostensible por vía legislativa, ya en forma silenciosa y poco a poco a través del proceso judicial». Reconoce asimismo la posibilidad de que en la interpretación y aplicación del Derecho intervengan valoraciones éticas por parte del juez. Subraya otros rasgos del funcionamiento del Derecho que son manifestación del influjo de la moral en el Derecho: la imparcialidad en la aplicación del Derecho, la promulgación y publicación de las normas, la irretroactividad de las leyes. Implican la realización de un mínimo de justicia por parte del Derecho.

c) Por lo demás, Hart admite la existencia de un «contenido mínimo de derecho natural» compuesto por ciertas reglas que, como mínimo, tiene que contener todo Derecho y toda moral social o convencional, pues sin ellas la vida social no sería viable. Este «contenido mínimo de derecho natural» se basa en ciertas «verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural y a sus propósitos». Este contenido mínimo consiste básicamente en la prohibición de la violencia sobre las personas y las cosas, en la exigencia del respeto a las promesas y en la necesidad de las sanciones, cierto altruismo en las personas y un mutuo respeto. Con esta tesis se opone a un Derecho que tenga cualquier contenido.

d) Finalmente, Hart deja abiertas vías importantes para que la moral entre en el Derecho sin problemas. En particular, la tesis sobre la validez de las normas jurídicas y su división entre el «punto de vista interno» y «externo» del ordenamiento jurídico, esto es, el punto de vista de quienes -sobre todo, funcionarios y la clase política- creen y aceptan los principios básicos del sistema y, en particular, ese contenido mínimo de derecho natural y, por consiguiente, obedecen por convicción y entre quienes no están de acuerdo con él y obedecen por temor. En el primer caso, se abre la puerta para que impunemente entre la moral, como defiende E. Garzón Valdés.

3.- Con todo lo que hemos visto, es necesario que, antes de analizar cuáles son los criterios diferenciales del Derecho y la moral, interesa aclarar algunos aspectos conceptuales. Sobre todo a qué nos referimos cuando hablamos de moral. No voy a entrar a describir si moral y ética se identifican, pues no altera nuestro estudio. Sólo afirmar que los problemas filosóficos entre ambos obedece a que etimológicamente «moral» deriva del latín mos, costumbre o uso, y «ética» del griego ethos, que significa lo mismo. A ello se debe el que habitualmente se usen indistintamente, aunque esto no sea lo correcto.

Lo que nos interesa, como dato, es que la moral tiene por objeto la orientación de comportamientos. Ahora bien, el concepto de moral es tan amplio que engloba

multitud de acepciones. Habitualmente, se afirma que no es una realidad unitaria e indiferenciada, sino que por el contrario hay distintas esferas o ámbitos dentro de la moral. Casi todos los autores, en la línea de Henkel, distinguen tres tipos de moral: la moral de la conciencia individual, la moral de los sistemas religiosos o filosóficos y la moral social o positiva.

La moral de la conciencia individual o personal engloba al conjunto de convicciones que cada persona individual tiene y de juicios que emite sobre lo que debe hacer. Parte de la idea de bien, como algo valioso en sí, que el individuo se forja en su conciencia y de la cual se derivan exigencias morales de deber ser que se traducen en normas de comportamiento para el sujeto. Todo gira en torno a la conciencia individual. La persona individual es el sujeto creador de la regla de conducta y su responsable; él es quien estipula la norma de conducta que luego debe obedecer. La conciencia juzga también cómo debe hacerse. Implica responsabilidad, libertad y autonomía para establecer sus normas. No se puede despreciar también el que la conciencia es además, la instancia sancionadora que se autojuzga en el caso de incumplimiento.

Pero, esto no quiere decir que la conciencia moral se halle recluida en un mundo de interioridades, sino que las más de las veces suele aceptarse normas morales provenientes de otras personas o códigos morales estipulados por los grandes sistemas religiosos o filosóficos. Cuando se hace referencia a la moral individual se está insistiendo en la capacidad del individuo para autonormarse, para poseer su propia experiencias y vivencias morales que le lleva a establecer esas normas o bien a aceptar lo que la experiencia de otros ha prescrito, todo ello mediado por la educación recibida y por la capacidad observadora y juzgadora de cada uno.

La moral de los sistemas religiosos o filosóficos consiste en un conjunto de doctrinas de carácter moral que normalmente forman parte de concepciones más amplias del mundo y del ser humano. Su validez se extiende a un número más o menos amplio de personas que se proclaman creyentes o partidarios y que se someten voluntariamente, quedando su cumplimiento a cargo de la instancia juzgadora de su conciencia.

Esta es una moral heterónoma salvo para aquellos que la aceptan. Se trata de un código moral, más o menos amplio, que propone reglas de conducta para casi todas o la mayoría de las situaciones en que es exigible esa conducta. Ejemplos: moral cristiana, hebrea, islámica, budista; moral estoica, epicúrea, kantiana, utilitarista, etc.

La moral social o positiva, o moral pública, consiste en el conjunto de preceptos de carácter moral que cada grupo considera e impone como tales y que gozan de efectividad en el grupo social en un momento histórico concreto. Se manifiesta en la

forma de los usos sociales. Es, por eso, una moral heterónoma. Es el conjunto de convicciones imperantes en una sociedad o grupo social sobre lo que debe hacerse. Se imponen a todos los que viven en esa sociedad, son obligatorios y vinculantes de forma que su incumplimiento conduce a la reprobación, a la sanción difusa, pero efectiva. No es la mera suma de todas las morales, sino unos principios básicos, denominador común de las creencias predominantes en la sociedad.

Interesa destacar que estas tres esferas de la moral no van cada una por su lado, sino que existen vasos comunicantes poderosos que hace que existan numerosas influencias. Cada una de ellas depende de las demás. En definitiva, es la conciencia moral personal la que está detrás de esta diferenciación. Cada una con sus manifestaciones y con las presiones, pero siempre el objeto es la conciencia personal.

2.2.- Criterios tradicionales de distinción del Derecho y la moral.

Se trata de explicar cuáles son los rasgos que posibilitan una separación entre las normas jurídicas y las reglas morales de conducta, que se pueda hablar del Derecho y la moral como dos órdenes normativos distintos. En este sentido, los criterios comúnmente esgrimidos suelen fijarse especialmente en la estructura de las obligaciones que resultan de cada tipo de normas, así como en los elementos más destacados.

Pero, la reflexión sobre estos aspectos tuvo un momento y un contexto histórico sin cuyo conocimiento difícilmente puede entenderse las razones invocadas para separar el Derecho y la moral. En efecto, no es hasta la Escuela racionalista de Derecho Natural en el siglo XVIII cuando, bajo la preocupación primordial de la defensa de la libertad religiosa y en un contexto de destrucción causada por las «guerras de religión» y sus secuelas, se insistió en la necesidad de diferenciar y separar el mundo del Derecho del de la moral. También debe considerarse los intentos, desde presupuestos empiristas, de J. Bentham y de la Escuela analítica de Jurisprudencia de J. Austin por no confundir el Derecho que «es» y el que (ética) «debe ser». Pero, sería Kant quien concretaría los criterios válidos de distinción, los que aquí se llaman «criterios tradicionales de distinción» y que desde entonces han servido en sucesivas reelaboraciones para diferenciar ambos ámbitos normativos. No obstante, veamos los pasos que se han sucedido hasta llegar a este momento. El logro de esta diferenciación ha sido una tarea laboriosa, todavía hoy polémica, y que ha discurrido paralelamente a la evolución de la cultura. «Su trascendencia no puede ocultársenos, porque de ella depende la determinación de las conductas que han de ser exigidas con el rigor propio del Derecho, y el modo como deben realizar-

se las acciones, en cuanto reguladas por la moral y en cuanto reguladas por el Derecho» (R. Paniagua, p. 25 y ss para lo que viene a continuación; igualmente, R. Molinero, p 75 y ss).

1.- En las sociedades primitivas, no existía ni existe una conciencia de la separación entre Derecho y moral. Aparecen mezclados y confundidos en una unidad normativa indiferenciada, no sólo el derecho, la moral y los usos, sino también la religión y los mitos, que son los que prevalecen sobre todos ellos; de ambos proceden todas las normas directivas de la conducta, cuya sanción corresponde, bien a la tradición oral, o bien a la imposición del jefe, que actúa como intérprete de la divinidad. Paulatinamente, se irán distinguiendo el ámbito de lo profano del de lo religioso.

2.- La mentalidad griega tampoco estuvo en condiciones de captar la diferencia entre moral y Derecho, porque contemplaba a ambos como dotados de carácter político. Ni siquiera Sócrates, que apeló a «la voz de la conciencia», llegó a distinguir la moralidad de la legalidad: ésta podía ser criticada, pero tenía que ser respetada. La legalidad establecida, la que venía a ser la expresión de la manera de ser del Estado, de su modo de gobernarse, era en definitiva la norma de conducta. Sólo con Aristóteles se intentó una leve diferenciación, pero, más bien, se trataba de elaborar una teoría del recto actuar moral, basada en la idea de la felicidad personal. Nunca un estudio de la relación de la justicia en sentido subjetivo y la justicia en sentido objetivo, de la separación entre virtud y ley.

3.- Algo parecido puede decirse del pensamiento jurídico romano, aunque en sentido inverso. Lograron construir una doctrina acabada y perfecta de lo que el Derecho significa como instancia reguladora de la conducta humana, pero los juristas romanos no se preocuparon por estudiar la moral y no se percataron de los problemas que podía haber por no separarlos. En todo caso, puede decirse con G. Del Vecchio que «tuvieron una intuición fina y exacta de los límites del Derecho», pero nunca llegaron a trazar una distinción teórica de la moral.

4.- La filosofía medieval y, en particular, la Escolástica preparó, por el contrario, el camino para la reflexión posterior. La confluencia de la tradición filosófica y ética griega y la doctrina jurídica romana, junto con la distinción entre fuero interno y fuero externo por el cristianismo abonaron la diferenciación posterior. En Tomás de Aquino pueden encontrarse las primera huellas de esta diferenciación cuando habla de la ley humana para referirse a la justicia legal, al Derecho, asignando a ésta la misión de ordenar la sociedad para el bien común. Nos indica la diversidad de fines de la moral y el Derecho y también el diferente modo que deben lograrse. Por lo demás, sin embargo, no se llegó a una estricta diferenciación por cuanto al vincular al Derecho a

la justicia, esto es, a una virtud, lo que se interpretó fue una defensa de la moralización del Derecho, siendo éste una parte de la moral.

5.- Con todo, la experiencia protestante y su defensa del fuero interno como el ámbito apropiado para hablar con Dios dio una gran paso adelante en el proceso de separación entre Derecho y moral. La reforma con su radical separación entre el homo interior, que se guía por los dictámenes de su conciencia religiosa, y el homo exterior, que se guía por los mandatos de lo profano. Fue uno de sus representantes Christian Thomasius (1655-1728) quien propone los primeros criterios de diferenciación, criterios todavía toscos y poco detallados. Pero su intento no puede entenderse si no es dentro de la eclosión intelectual de la Ilustración y su situación política. Un ambiente preocupado por la libertad religiosa: es un momento de eclosión de la religión natural, es decir, derivado de la razón y de la naturaleza humana y no de la divinidad, con lo que es una religión íntimamente relacionada con la moral. Su intención era liberar todas esas cuestiones (moral y religión) del control del Estado, cuya postura era muy distinta, por lo que parecía imprescindible distinguirlas para negar la competencia estatal.

Pues bien, Thomasius esbozó rudimentariamente los criterios que luego puliría Kant. Sobre todo, insistiría en que, desde el punto del deber, el Derecho engendra una obligación externa y la moral interna. Mientras que la obligación interna es una obligación de conciencia, la obligación externa estaría apoyada por la coacción. Además, recluiría el ámbito de la moral a la conciencia personal, de los actos internos, mientras que el Derecho regularía las acciones externas de los individuos. Con esto, había formulado la separación de ambos órdenes normativos.

6.- Ya ha quedado dicho que Kant es una pieza fundamental en este proceso, pues daría solidez a las intuiciones de Thomasius. Aun a riesgo de adelantar cosas que vendrán después, interesa ilustrar algún aspecto del pensamiento de Kant. La idea central que sustenta su reflexión sobre la separación del Derecho y la moral consiste en su tesis sobre la regulación de la conducta humana que consta de dos elementos: uno, la ley o norma, que presenta la acción futura como objeto de deber; el otro, el móvil o motivo, que constituye el fundamento de la libre determinación para realizar un acción. Pues bien, toda regulación de la conducta tiene como criterio diferenciador no la acción que se presenta como debida, sino el móvil, el que la acción sea realizada de acuerdo a un motivo.

Atendiendo a esta diferenciación, distinguirá los dos ámbitos de regulación de la conducta humana: la regulación ética o *moralidad* y la regulación jurídica o *legalidad.* «La pura concordancia o no concordancia de una acción con la ley, sin atender al

móvil de la acción, se le llama la *legalidad;* pero, si en aquéllas, la idea del deber impuesto por la ley es a la vez el móvil de la acción, se le llama la *moralidad* de éstas».

Kant se preocupó mucho más por distinguir la moralidad de la legalidad y esbozó un conjunto de criterios que, de una forma u otra, han sido desde entonces hábilmente reelaborados para mantener esa separación. Sobre todo, el positivismo que ha prevalecido durante los dos últimos siglos, los ha utilizado y ha abanderado la tesis de la separación del Derecho y la moral que, desde entonces, se ha extendido por todo el pensamiento jurídico. Interesa ahora estudiar con un poco más de detenimiento cuáles son esos criterios y al hilo de la exposición se expondrá también algo más del pensamiento kantiano.

¿Cuáles son los criterios que se utilizan para defender la tesis de la separación entre el Derecho y la moral? ¿Cómo se han reelaborado las tesis de Kant? A continuación, paso a relatar alguno de los criterios más utilizados para separar el Derecho de la moral.

1.- **La interioridad de la moral y la exterioridad del Derecho.** Este fue uno de los primeros criterios esbozados para resolver el problema, pues aparece ya apuntado en la obra de Thomasius después reelaborada por Kant. Según la lectura canónica, la moral se compondría de normas que regulan los actos internos de la mente y el Derecho por normas que regulan las acciones externas del individuo, aquellos que se exteriorizan. Sin embargo, ésta distinción entre actos de la mente y acciones externas no parece muy convincente. Incluso, la reelaboración kantiana no parece que simplificase tanto la cuestión. «Lo que Kant fundamentalmente pretendía era evitar que el Derecho invadiese zonas por él consideradas intangibles, las zonas de pensamiento y de conciencia; para ello limitaba lo jurídico al campo de los deberes externos del hombre con respecto de los demás hombres, mientras refería la ética tanto al campo de los deberes internos (donde esa libertad era defendida) como al campo de los deberes externos, aunque siempre situando el peso de la calificación moral en la intencionalidad, en el obrar por estímulo del deber» (E. Díaz, p. 18).

Lo que no puede ser defendido es que exista una ruptura entre los fenómenos psíquicos (deseos, intereses, intenciones, decisiones de la voluntad o cualquier forma del querer) y nuestras acciones externas. No hay tal separación tajante entre los movimientos internos de la mentes y las consiguientes acciones que realizamos. Casi todas las acciones externas -pasear, escribir, delinquir, etc.- tiene su dimensión interna sin la cual no la hubiéramos ejecutado. «No son actos constituidos en exclusiva por la

dimensión exterior que los define». Previamente a esos actos hay una decisión, hay un acto de deliberación que impulsa a su realización. Los actos externos tienen una dimensión interna constituida por la decisión y deliberación. Propiamente, no caben acciones sin esa dimensión interna, ni siquiera los actos reflejos o mecánicos, que en realidad no se consideran pertenecientes a la categoría de actos y que realmente carece de esa dimensión interna. Se toca un músculo y reacciona al contacto sin deliberación. Por el contrario, hay actos internos que no trascienden al exterior que no se manifiestan. Por ejemplo, el pensamiento, la reflexión interna, la intención, etc.

De ahí que, en una importante reformulación de las tesis de Thomasius y Kant, suele hablarse, más que nada, de diferenciar entre actos interiorizados (que no se exteriorizan) y actos exteriorizados (que no niegan su dimensión interna). «De este modo, el Derecho se referiría solamente a los actos exteriorizados y en tanto en cuanto que se exteriorizan, aunque apreciando y valorando debidamente su carga interna cuando sea necesario. La moral, en cambio, intervendría tanto en los actos interiorizados como en los exteriorizados» (E. Díaz).

Todo esto queda reafirmado por cuanto al Derecho también le interesa el aspecto interno de la acción. «Hasta tal punto que ésta carece de toda relevancia jurídica si se prescinde» de las motivaciones. Hay ejemplos que prueban esta afirmación. Así, en el Código penal hay preceptos que contienen una clara referencia a la dimensión interna de nuestras acciones y que obliga a que los jueces entren a valorar la intencionalidad con el fin de imputar dicha acción a quien la ha cometido. Ahí está la valoración de las agravantes, eximentes, atenuantes de la responsabilidad penal que condiciona la imputabilidad de la acción, u otros aspectos cognitivos de las acciones como la premeditación y alevosía, aspectos volitivos, como la intención, el miedo insuperable, el arrepentimiento. Idem en el Código civil, donde los ejemplos más claros son las referencias al buena y mala fe, o todos los preceptos relativos a los vicios del consentimiento (error e ignorancia) o de la voluntad (miedo, violencia, etc.). Evidentemente su relevancia está condicionada a que este momento interno de la acción se exteriorice.

En definitiva, como conclusión, esta criterio de distinción, si bien destaca ciertos aspectos relevantes, no parece ser determinante. Sí que aclara que el Derecho no debe intervenir en los actos que no se exteriorizan, en aquellos que permanecen encerrados en la dimensión interna: pensamiento, intenciones, etc. Pero dice poco más dada la referencia interna de los actos externos que interesan al Derecho. A lo que habría que añadir que parece absurdo afirmar que a la moral, sea social o individual, no le preocupan las repercusiones externas de los fenómenos psíquicos. Más bien, parece al contrario, que a la moral le interesa también la dimensión externa de las intenciones.

2.- **La moral tiende a un fin personal y el Derecho a un fin social.** En conexión con las opiniones anteriores, suele distinguirse ambos ámbitos normativos siguiendo el criterio del fin, un criterio que, según E. Díaz, no es muy convincente, «aunque aporte una nueva perspectiva útil de ser tenida en cuenta». En este sentido, se dice que el Derecho persigue exclusivamente un fin social (justicia, seguridad, bienestar general), pretende seguir la paz social y el orden de convivencia necesario para vivir en libertad. La moral persigue, como fin último, la perfección personal, la libertad interna y su satisfacción individual.

No parece, sin embargo, un buen criterio para diferenciar el Derecho y la moral, pues es «extremadamente difícil poder distinguir con suficiente rigor y claridad qué actos, o normas, se dirigen a un fin y cuáles a otro». Un estudio de acciones, ya sea basadas en normas morales o jurídicas, y del fin al que tienden no parece ser satisfactoria por cuanto es bastante difícil separar una consecuencia que sólo beneficie al individuo y que no tenga repercusiones sociales. Ni la moral es exclusivamente individual sin incidencia en la marcha social, sin que se interese por las cuestiones temporales y terrenales de la sociedad, ni el Derecho se preocupa exclusivamente por lo público sin interesarse por la felicidad individual y su perfección. El Derecho no puede lograr sus objetivos sin interesarse de los fines últimos del hombre.

3.- **Unilateralidad de la moral y bilateralidad del Derecho.** Un criterio bastante utilizado para distinguir Derecho y moral se basa en la diferente estructura lógica de cada regla de conducta. Entonces, la diferencia esencial estribaría en que las primeras son unilaterales y las segundas son bilaterales. «*La unilateralidad de las reglas éticas se hace consistir en que frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes. Las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones.* Frente al jurídicamente obligado encontramos siempre a otra persona, facultada para reclamarle la observancia de lo prescrito» (García Maynez, p. 15). Unilateral, en cuanto está relacionada con una persona; bilateral por cuanto son dos los sujetos de la relación.

Esta distinción está basada en la visión clásica de la moral, con hondas raíces protestantes, de que la moral pone en relación al hombre consigo mismo, y con Dios, mientras que el Derecho atendía a la relación con los demás. Pero, en este aspecto, está el error de esta forma de distinguir ambos ámbitos normativos. En todo caso, esta caracterización puede servir cuando nos referimos a la moral individual, pero es un absurdo decir que la moral social es unilateral, por cuanto es social, y lo mismo de la moral de los sistemas religiosos o la basada en determinadas concepciones filosóficas donde también se produce una «comunión» entre los creyentes.

4.- **La moral es autónoma y el Derecho heterónomo.** Uno de los criterios más utilizados para separar el ámbito de la moral y el del Derecho, cuya primera reformulación se remonta a Kant, es el que señala que la moral es *autónoma,* porque sitúa el origen de la norma, de la regla de conducta, en el sujeto mismo que debe obedecerla, mientras que el Derecho es *heterónomo,* por cuanto el origen de la norma es exterior, extraño, es un sujeto distinto del que debe cumplirla. La moral no sería producto de una voluntad exterior, diferente del sujeto al cual la norma obliga; el Derecho, por el contrario, procede de una voluntad exterior, diferente del sujeto al cual la norma obliga. Con autonomía quiere significarse la capacidad que tiene la persona para autolegislarse, para dotarse su propio código de conducta. Con heteronomía, por el contrario, se señala el hecho de que esas normas, esos códigos son establecidos por una autoridad distinta de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos.

Esta opinión se apoya en una famosa tesis de Kant: «Las normas morales son autónomas porque tienen su fuerza en la propia conciencia del que ha de cumplirlas; el Derecho es heterónomo porque su fuerza radica en un ente exterior». En suma, toda conducta moralmente valiosa debe representar el cumplimiento de una máxima que el sujeto se ha dado a sí mismo. Cuando la persona obra de acuerdo con un precepto que no deriva de su albedrío sino de una voluntad extraña, su proceder es heterónomo, y carece de mérito moral. «En el ámbito de una legislación autónoma legislador y obligado se confunden. El autor de la regla es el mismo sujeto que debe cumplirlo. *Autonomía quiere decir autolegislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia. Heteronomía es sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa.* En la esfera de una legislación heterónoma el legislador y el destinatario son personas distintas; frente al autor de la ley hay un grupo de súbditos» (García Maynez).

Esta opinión llevó a una vulgarización del pensamiento kantiano que oscurece un tanto el centro del problema. El que toda norma moral sólo sería valida si el propio sujeto la acepta como obligatoria. «Una norma sería moral en tanto y en cuanto su fuerza obligatoria aparece al admitir el sujeto a la que es aplicable que esa fuerza obligatoria existe. La moral valdría, así, como un código subjetivo, como las obligaciones que sólo tienen validez, valor o fuerza por imponérselas el propio sujeto obligado. Con ello se apunta, por cierto, a la circunstancia de que no tendría sentido afirmar que alguien está moralmente obligado a lo que no reconoce como válido u obligatorio» (Vernengo, p. 138). O sea, que no hay que interpretar las palabras de Kant en el sentido de que defiende un puro subjetivismo ético, ni mucho menos en la más pura arbitrariedad. Todo lo contrario. Kant fue el autor de una moral rígida no semejante a la laxitud que pudiera parecer.

Nada más lejos de lo que Kant pretendía. Dice que sólo es moral aquella voluntad que se dicta su propia ley, pero a condición de que pueda convertirla en ley universal. Es decir, no consiste la moral en querer y elevar a norma aquello que a uno le parece apetecible, sino aquello que todos pueden deber querer igualmente, que es todo lo contrario del capricho. La ética kantiana está bien lejos del subjetivismo, pues presupone siempre un orden objetivo-moral de las cosas. Un orden objetivo-moral que viene fielmente representado por el *imperativo categórico:* «Obra de tal manera que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre como principio de legislación universal». Y de este principio derivan deductivamente desde otras normas generales hasta las más concretas que constituyen los dos grandes sistemas normativos de la moralidad y el legalidad. A partir de esto el cumplimiento de las primeras no puede ser exigido por el Estado, sino simplemente protegido su cumplimiento; el cumplimiento de las segundas sí debe ser exigido por el Estado.

No es pertinente una crítica más profunda de Kant y su filosofía moral, pero, con todo, señalar sus deficiencias básicas relacionadas con la idea de sujeto (sujeto moral y sujeto empírico) y de autonomía moral.

De todas formas, hoy por hoy, se matiza que la moral sea autónoma y el Derecho heterónomo. Primero de todo, porque si la moral depende del imperativo categórico quiere decir que no es tan autónoma. En particular, porque ese orden objetivo-moral que defiende es la ética protestante. Disminuiría así enormemente la distancia con las éticas, más tradicionales, que aún sin desconocer el momento de la conciencia, como norma próxima de la moralidad, asientan siempre aquélla en una norma última, objetiva, de la moralidad: la ley eterna y la ley natural.. En estas, la autonomía limitada, de la conciencia se apoyaría en un orden objetivo de valores, fines y normas, que en algunas posiciones de extremado objetivismo infravalora realmente el puesto que en la ética debe siempre ocupar la conciencia individual» (E. Díaz, p. 22).

En resumidas cuentas, fijándonos en la moral, por lo tanto, debe decirse que la condición de autónoma es predicable sobre todo de la moral individual. Pero tanto la moral social como la inspirada en una determinada religión, en una doctrina ética o una ideología son, por el contrario, heterónomas.

Y lo mismo sucede con la heteronomía del Derecho. Tampoco es total y absolutamente heterónomo. Es cierto que la validez formal y la vigencia del Derecho no depende de la aceptación expresa del jurídicamente obligado (el desconocimiento de la norma jurídica es irrelevante: la ignorancia del Derecho no excusa su cumplimiento). El Derecho existe como tal por la promulgación que hace el legislador, sin que la aceptación particular de cada una de las personas sea un requisito necesario (E. Díaz, p. 23).

«Ahora bien, si es cierto que el Derecho es válido sin necesidad de ese refrendo individual ... no es menos cierto que, a su vez, una explícita y generalizada falta de aceptación del Derecho termina por afectar decisivamente de forma negativa a su misma validez». «Puede decirse que el desuso, la no-vivencia, la falta de eficacia, la no aceptación, en definitiva, de un ordenamiento en su conjunto produce también falta de validez del Derecho... Ello supone ciertamente una atendible limitación al carácter heterónomo del Derecho» (ídem).

En definitiva, se trata no de negar la validez de la idea central, pero sí de matizarla para que pueda ser comprendida correctamente. «A nivel individual probablemente el Derecho se nos aparecerá siempre como algo heterónomo, pero visto desde la perspectiva de la sociedad cuanto más autónomo sea el Derecho mucho más perfecto será, es decir, será mucho más eficaz y estará mucho más legitimado».

5.- **La moral no es coactiva y el Derecho es coactivo.** Se distingue el Derecho y la moral con un argumento que parece decisivo y que ya hemos tratado con anterioridad y que afirma que el Derecho puede hacerse cumplir, sin merma de su integridad, a través de la fuerza, mientras que la moral exige conductas no forzadas, realizadas libremente, por mor del deber que se ha aceptado al interiorizar ciertas normas. Se dice que las normas jurídicas son *coactivas,* mientras que las morales *no* son *coactivas.* También es un argumento propuesto por Thomasius y reelaborado por Kant. Como el Derecho es heterónomo goza del apoyo del aparato burocrático para imponerse para obligar a los incumplidores mediante una conducta sustitutoria, una pena o una medida disciplinaria.. La presencia de la fuerza es un elemento necesario para el Derecho y su ausencia lo característico de la moral.

A todo lo ya dicho en el tema de la fuerza como elemento característico del Derecho, sobre todo lo aclarado sobre la coercibilidad o la existencia de normas sin sanción, hay que añadir alguna precisión. Lo primero de todo es que no puede decirse que la moral esté totalmente desprovista de todo tipo de sanción, ni tampoco que los comportamiento morales sean tan incondicionales, libres de toda coacción. En todo caso, ésta será más sutil. «Tanto las normas éticas apoyadas en principios religiosos, como las emanadas -mediata o inmediatamente- de la conciencia individual, como, sobre todo, las impuestas a través de los usos en una determinada sociedad, son normas en las que, por lo general, opera el temor a una u otra forma de sanción: sanción de carácter transcendente (premio o castigo en una vida ultraterrena), sanción de carácter interno (remordimiento de conciencia, sentido de culpa o de frustración, etc.), sanción de carácter social (pérdida de prestigio y del honor, del grupo, etc.).

Hay evidentemente diferencias en el modo de la imposición de la moral o el condicionamiento social que conlleve. No hay coacción física que aparece en el Derecho.

Pero hay que constatar un hecho: que, desde la perspectiva de la eficacia, en muchas ocasiones, la coacción moral es más eficaz, cruel y rápida que la jurídica. Puede considerarse, incluso, que la sanción jurídica suele ser menos dura e infamante que una sanción derivada de la violación de una norma ética.

Pero, todo esto, nos permite resaltar algo que ya sabemos. Que lo que caracteriza al Derecho y sirve para diferenciarlo es «la existencia de un *aparato coactivo organizado,* capaz de garantizar el cumplimiento de las normas y, cuando ya no resulte posible, capaz de imponer sanciones al infractor de las mismas. Se logra así como resultado la *institucionalización jurídica de la coacción,* la coacción organizada que es el rasgo típico del Derecho. Este sería así la auto-organización de la coacción, de la fuerza. Más allá de las sanciones informales y, en cierto modo, espontáneas propias de la moral, aparecen pues las sanciones jurídicas impuestas a través de un órgano formalizado e institucionalizado» (E. Díaz, p. 28). Ejemplo: Kelsen.

«La coacción organizada, institucionalizada, formalizada constituye, pues, en última instancia, el elemento característico del Derecho; éste aparece así como un sistema normativo dotado de ese tipo de coacción, ejercida por los órganos especialmente creados para ello» (ídem).

2.3.- Obligación jurídica, obligación moral y obligación política.

Lo que hemos visto hasta ahora son los rasgos y argumentos más relevantes de un debate milenario que sigue estando en el punto de mira de muchos estudiosos. Sigue siendo un tema clave de la Teoría del Derecho la aclaración de las relaciones entre el Derecho y la moral circunscribiendo el problema al marco teórico ya explicado. La cuestión, por tanto, se analiza desde una óptica filosófica y, quizá, demasiado abstracta, pero, en absoluto, es superficial. En la actualidad, ha cobrado, de hecho, una nueva importancia en la medida en que en las últimas décadas -desde los años 70- se han resucitado viejas cuestiones de la Filosofía política que inciden en la problemática ya apuntada. Hay que reseñar que la perspectiva con que se analiza ahora la cuestión es distinta porque también es distinto el origen mismo del problema. En efecto, desde esas fechas, la Filosofía política se está preguntando insistentemente sobre la cuestión de la legitimidad de la autoridad política y, especialmente, sobre las razones de la obediencia a la ley, sobre todo, ante la aparición de movimientos sociales y de toda una teoría que preconiza la desobediencia civil como actitud política frente al Estado. Por tanto, la dimensión del debate es distinta -la obediencia a la autoridad política-, pero su epicentro es el mismo -las razones morales para la obediencia al Derecho-. En definiti-

va, lo que se plantea ahora es, aun reconociendo la diferencia entre las obligaciones jurídicas y las obligaciones morales y, de paso, sus limitaciones, elaborar una teoría sobre la obligación política que dé razones morales para la obediencia al Derecho. El problema es más amplio que el debate tradicional porque sus conclusiones afectan directamente a la pervivencia de la autoridad político, del Estado y de su legitimidad. Dirige la cuestión, en suma, al campo de lo político. No por ello, deja de ser menos interesante. A continuación, vamos a estudiar los diferentes aspectos en liza desde un análisis de los conceptos -obligación jurídica, moral y política-, alguna teoría actual destacada, hasta el problema que plantea hoy la desobediencia civil.

1.- **Obligación jurídica y obligación moral.** Cuando se habla de «obligación» se hace referencia a la conducta o conductas que, sometidos a una regla, principio o valor, debe ser realizada por el destinatario o destinatarios de esos preceptos. En estos casos, la obligación es «jurídica» cuando esas conductas se derivan de un mandato legal, de una ley, mientras que es «moral» cuando procede de una norma moral. En buena medida, el debate sobre el Derecho y la moral se ha reconducido hacia la cuestión de qué razones hay para cumplir una obligación jurídica y lo mismo una obligación moral, y, por consiguiente, cómo identificarlas. No se hace tanta referencia a los aspectos filosóficos y abstractos ya vistos, aunque éstos sirven también para dar más claridad.

En puridad, una obligación jurídica o legal es la que deriva de la existencia de una norma jurídica vigente. A primera vista, y según la opinión de un autor (E. Fernández, p. 58), «no plantea problemas de especial envergadura». Esto es así puesto que la existencia de unas leyes parece imponer ya de por sí la obligación de acatarlas. El mero hecho de la existencia de un orden normativo jurídico supone la existencia de una obligación de obediencia como algo ínsito a la pervivencia de todo sistema jurídico. La cuestión es, en realidad, de más enjundia, pues acaba por reconducir la cuestión al problema de la validez de las normas jurídicas, si por ésta entendemos la misma existencia de las normas y, como consecuencia, surge la fuerza que obliga a la obediencia.

La obligación moral tiene su marco en la conciencia moral, autónoma y libre, de los individuos. Es la que deriva de la aceptación voluntaria de ciertas pautas de conducta. Se debe a consideraciones morales, normalmente, según el común sentir de los éticos, por razones no egoístas, sino por consideraciones universalistas, esto es, que estarían dispuestos a hacerla valer universalmente al estilo kantiano.

Pero, así vistas las cosas, decir que la obligación jurídica es la que deriva de las normas jurídicas y la moral de las morales no es decir demasiado. En este sentido, el trabajo de M. Calvo por caracterizar cada una de las obligaciones me parece de sumo

interés. Una aportación que aclara y añade datos importantes a la cuestión del Derecho y la moral (Calvo, p. 30 y ss.). Al hablar de la obligación jurídica, afirma que al igual que ocurre con otras formas de orientación normativa de la acción social, cuando una norma jurídica fija o establece una pauta de conducta, decimos que ese comportamiento se hace no optativo u obligatorio. Decimos que existe una obligación jurídica o deber que se traduce en la exigencia de obedecer esa pauta de conducta.

Pues bien, en su análisis, se preocupa por ilustrar un conjunto de rasgos que distinguen las obligaciones jurídicas de las obligaciones morales:

a) Las obligaciones jurídicas al estar transcritas en textos legales aparece como un *sistema explícito* de normas de comportamiento frente a las obligaciones morales que son un *sistema no explícito* de conducta. El sistema jurídico contiene medios para saber en cada momento cuáles son las normas del mismo y cuál es su alcance. La autoridad de las obligaciones jurídicas se deriva de la existencia de normas de reconocimiento dentro del sistema jurídico que permite identificar las obligaciones jurídicas válidas. No descansa en las personas que integran los órganos, sino de su reconocimiento como norma perteneciente al sistema. Ello hace posible conocer con cierta *seguridad y certeza* las obligaciones jurídicas y las consecuencias que se derivan de ellas. Con lo cual se apunta otro dato de las obligaciones jurídicas: su carácter *consciente y reflexivo*. Esto es, que, en definitiva es una obra concienzuda, realizada por personas competentes para ello. «Dicho de otra manera, las obligaciones jurídicas refuerzan las posibilidades del 'cálculo social' del control racional de la conducta humana ... Se refuerzan las expectativas de cumplimiento de las obligaciones jurídicas de sus acciones con la suficiente antelación y seguridad. Además, si, como es el caso, se refuerzan las expectativas de cumplimiento de las obligaciones jurídicas mediante un complejo sistema de control social, también se pueden 'calcular' o prever con una cierta exactitud las acciones de los otros. El derecho, pues, contribuyendo a garantizar ciertas expectativas de comportamiento, realiza en gran medida las aspiraciones de seguridad en las relaciones sociales».

Las obligaciones morales no son obligaciones explícitas. Carece de criterios claros y conocidos para saber cuáles son y cuál es su alcance. No hay unas normas de reconocimiento que permita reconocer las obligaciones morales. Por lo mismo, las obligaciones morales son inciertas. «Al contrario de lo que ocurría en el caso del sistema de las normas jurídicas, no hay normas ni criterios explícitos de reconocimiento de los principios morales. Con lo cual las discusiones sobre los mismos van a ser difíciles de zanjar. Además, el problema se complica desde el momento en que dentro de una misma comunidad pueden coexistir grupos con creencias y valores morales diferentes. Por lo general, dentro de una comunidad suelen existir unos pocos principios

morales incontrovertidos, al tiempo que se discrepa sobre otros muchos o sobre el alcance de los mismos».

b) Las obligaciones jurídicas gozan de un *alto grado de flexibilidad,* de posibilidad de cambio o modificación rápida, mientras que las obligaciones morales se caracterizan por su *resistencia* al cambio. «Las obligaciones jurídicas pueden ser modificadas o creadas con una gran facilidad y una gran eficacia psicológica en lo que concierne a su aceptación». Ello se debe a la existencia de importantes normas que regulan los procedimientos y la competencia para establecer y modificar las normas jurídicas y, consiguientemente, sus obligaciones. Son normas que, básicamente, están reguladas en la Constitución con lo que su aceptación está directamente ligada a la aceptación de la norma fundamental.

Por contra, las obligaciones morales presentan una gran resistencia al cambio. «La complejidad regulada, organizada, de los sistemas jurídicos permite crear, modificar o suprimir normas jurídicas con una cierta facilidad. Los valores morales, sin embargo, no pueden establecerse, cambiarse o eliminarse deliberadamente y con efectos inmediatos... Como sea, lo cierto es que los sistemas morales son escasamente flexibles. Lo cual no quiere decir, por otra parte, que la evolución en el terreno de la moral sea imposible. El derecho mismo, por ejemplo, puede ser utilizado como un factor de cambio de los valores morales de una sociedad».

c) Por último, insiste en algo que a estas alturas es de sobra conocido: el carácter coercitivo de la obligación jurídica frente a la presión difusa que refuerza el cumplimiento de las obligaciones morales. «Todavía hoy, la coercibilidad de la obligación jurídica es algo que se da por descontado, hasta tal punto que muchos de los mecanismos institucionales y la propia metodología jurídica se asienta en buena medida sobre esta presunción. La articulación normativa de un inmenso aparato de violencia institucionalizada permite reforzar considerablemente las expectativas de cumplimiento de las obligaciones jurídicas y presentarlas como ineludibles».

El estudio de M. Calvo presenta una cara del problema que probablemente no hay sido suficientemente resaltada: que hoy la reacción jurídica no es solamente negativa, sino que las normas jurídicas van acompañadas de *medidas jurídicas de reforzamiento* que «comprenden medidas punitivas y medidas promocionales o, lo que es lo mismo, refuerzos negativos y refuerzos positivos. En el primer caso, se insiste en algo ya conocido, que las obligaciones jurídicas son aquellas que van acompañadas de sanciones; en el segundo, que las obligaciones jurídicas van acompañadas de medidas positivas de reforzamiento que tienden a promocionar, promover determinadas conductas sin recurrir a las sanciones.

2.- **La obligación política.** ¿Existen razones que justifiquen la obediencia del ciudadano a los mandatos del Estado? Al margen de las nociones de obligación jurídica y obligación moral, buena parte del debate sobre la obediencia al Derecho se centra hoy en día en torno a las razones que existen en favor de una obligación política. La obligación política supone una traslación del problema de la obediencia al Derecho al ámbito de lo político y, al mismo tiempo, un reforzamiento del deber de obediencia. Pues bien, la obligación política tiene algo de las dos formas de obligación (E. Fernández, p. 60). De la obligación jurídica, tiene el que su objeto consiste en la obligación de obedecer las leyes; de la obligación moral, y en esto se distingue de la escueta obligación jurídica o legal, tiene el que para justificar esa obediencia se aducen fuertes razones morales. En suma, cuando se habla de la obligación política, por tanto, se hace referencia a la obligación moral de obedecer a las leyes.

Pero, la explicación acerca de la obligación política es bastante más compleja. Por un lado, es una forma superior que la mera obligación jurídica o legal que, a la postre, culmina en una espiral justificadora al infinito de porqué debemos obedecer al Derecho. En efecto, la obligación jurídica acaba por reconducirse a un problema de validez de las normas jurídicas, es decir, de saber si los mandatos jurídicos existen, han sido establecidos por la autoridad competente siguiendo los procedimientos legales. Así, acaba la explicación desde dentro del Derecho. Y, por otro lado, la obligación política es una forma peculiar de obligación moral, la que aduce razones morales para obedecer al Derecho en la medida que implica, a su vez, justificar el poder de la autoridad política. Precisamente, este es un aspecto nada baladí por cuanto se está discutiendo las bases morales de todo poder político. En definitiva, la obligación política se refiere a la obediencia a las leyes porque éstas son los mandatos de la autoridad política y, por eso, es aquella obligación moral que está directamente vinculada con las obligaciones que tiene un ciudadano por el hecho de que forma parte de una organización política. Es una obligación ligada a la existencia de comunidades políticas.

Es, en suma, como dice E. Fernández (p. 67), «un tipo de obligación moral que se dirige a la autoridad del sistema político y le plantea problemas sobre su legitimidad, legitimación, ejercicio, control, límites, etc., a la vez que sirve para dar directrices a los ciudadanos sobre la actitud a tomar en relación con él. Hablar de obligación política es lo mismo que hablar de la obligación que tienen los ciudadanos de obedecer las leyes de su Estado, pero se diferencia de la simple obligación jurídica o legal en que en este caso es inevitable la pregunta por los fundamentos y el ejercicio de la autoridad política».

En efecto, la obligación política viene a responder a la pregunta de porqué debe obedecerse a la autoridad política y a la exigencia de quienes mandan a que se obe-

dezcan sus mandatos. Como dice Raphael, la autoridad del Estado implica que aquellos que la ejercitan tienen derecho a dictar órdenes y derecho a que tales órdenes sean obedecidas y que los ciudadanos tienen el deber a la obligación de obedecer las órdenes (p. 89). Como puede verse, si se plantea la justificación de la obligación política, es porque existe una determinada forma de convivencia política, una autoridad, unos mandatos y otros utensilios de ejercicio del poder, y que origina la pregunta por la obediencia a los mandatos del poder político. ¿Por qué tiene el ciudadano un deber de obedecer las leyes del Estado?

Las respuestas a esta pregunta han sido varias. Puede decirse que el ciudadano está obligado a obedecer las leyes del Estado porque éste es quien tiene la autoridad soberana. El deber de obediencia sería la otra cara del derecho que tiene la autoridad para dictar normas. Por lo tanto, autoridad y obediencia son la misma realidad sólo que desde otra perspectiva. Pero, se han aducido respuestas que analizan el problema más en profundidad. Tres son los tipos de razones (E. Fernández, p. 69):

* *Razones legales:* esto es, que el ciudadano debe obedecer porque está legalmente obligado a hacerlo. Son razones similares a las que fundamentan la obligación jurídica. No suele recurrirse a estas razones. No sirve pues la respuesta parece carecer de objeto; alude a los aspectos formales de la ley, lo mismo que la obligación jurídica. El ciudadano está legalmente obligado a obedecer la ley porque la ley es justamente aquéllo que impone una obligación legal.

* *Razones prudenciales:* aquel tipo de razones que se dan cuando se dice que se obedece al Derecho por temor a las consecuencias (privación de libertad, multas, etc.) que se derivarían de la no obediencia. Es una obediencia interesada que utiliza razones de prudencia, que tienen como objetivo garantizar ventajas o, al menos, no producir efectos perjudiciales. Es una obediencia interesada, pues normalmente se obedece porque garantiza nuestros intereses o nos concede ventajas. Muchos obedecen por estas razones, pero, suele decirse, no basta para justificar solamente la obligación política. Es más, autores como Hart, exigen que sean pocos los ciudadanos que obedezcan por razones prudenciales en la medida que está en juego la pervivencia del mismo sistema.

* *Razones morales:* aquéllas que utilizan argumentos de tipo moral para obedecer al Derecho. Del tipo «se debe obedecer al Derecho porque es justo», «porque garantiza la libertad y la igualdad», «porque cuenta con el consenso de la población». «Cuando se dan este tipo de razones morales, la obligación política y la obligación jurídica se convierten, además, en obligación moral» (E. Fernández, p. 70-71).

Son muchas las teorías políticas que han aducido razones morales para justificar la obligación política. No es éste el lugar para detallar todas estas teorías, pero he aquí un escueto elenco de las más importantes y de lo que las caracteriza (Raphael):

– Teorías del *contrato social,* que justifica la obligación política por estar basada en una promesa implícita, semejante a la de obedecer las normas de una asociación voluntaria, expresada en un acuerdo o pacto social= Platón, Hobbes, Pufendorf, Grocio.

– Teoría del *consentimiento,* versión diluida de la teoría anterior que mantiene simplemente que la autoridad del Estado se basa en el consentimiento tácito de los súbditos que emiten al realizar determinados actos: nacer o vivir en la comunidad, gozar de ventajas, etc. = J. Locke.

– Teoría de la *voluntad general,* versión del contrato social que se fija en el efecto del acuerdo voluntario = la creación de una voluntad general, voluntad de todos o de la mayoría = Rousseau, Hegel.

– Teoría de la *justicia,* hoy en amplia vigencia, también se fijan en el contrato social, pero, sobre todo, se fijan en la aceptación voluntaria de unos criterios objetivos de la justicia que estructuren la convivencia social = J. Rawls

– Teoría del *interés general o utilitarismo,* para quienes las obligaciones morales dependen de su utilidad para promover el bienestar o interés general = Hume, Bentham y los demás utilitaristas.

3.- **Un estudio particular de obligación política: la teoría de Rawls.** Son muchos los teóricos que han esbozado una explicación de la obligación política en un momento en el cual, como veremos, existe una gran contestación popular a la obediencia a determinadas leyes. De todos ellos, pocos han tenido el éxito y aceptación que ha acarreado la explicación de J. Rawls en el marco de su Teoría de la Justicia. Brevemente, voy a referirme a los aspectos básicos de su propuesta al ser un ejemplo paradigmático de porqué debemos obedecer las leyes en base a razones morales. Incluso, llegando más lejos, la obediencia a leyes injustas.

El esquema de Rawls gira en torno a un análisis sobre la existencia de «obligaciones» y de «deberes naturales». Hay que aclarar que ambos conceptos y su reflexión sobre la obediencia a la autoridad se comprende mejor en el contexto global de su teoría. Quede aclarado. Pues bien, los deberes naturales se caracterizan porque se exigen a los individuos con independencia de que emita una decisión voluntaria. En particu-

lar, según Rawls, existe un «deber natural de justicia» que tiene importantes repercusiones y que se justifica un poco irracionalmente. Este deber natural de justicia nos exige que obedezcamos y cumplamos nuestro cometido en las instituciones justas y que facilitemos el establecimiento de acuerdos justos. Respecto a las obligaciones, son aquellas que realizamos voluntariamente y que, de tal forma, debemos cumplirlas, porque hemos consentido.

Pues bien, si obligaciones y deber natural de justicia son dos cosas distintas, también lo es su justificación. El deber natural de justicia se nos exige, en su opinión, por el mero hecho de que vivimos en una sociedad que tendencialmente pretende estructurarse según criterios de justicia y, además, porque las leyes, los requerimientos de quienes manda en esa «sociedad justa» *se nos aplica*. Evidentemente, este deber natural nos exige la obediencia generalizada a las leyes simplemente porque existen unas instituciones justas y sus medidas, sus mandatos se nos aplican. La teoría del Rawls tiene muchas deficiencias. Aquí, el problema es qué garantías tenemos de que la sociedad sea justa dada la insistencia en que debemos obedecer porque se nos aplican esos mandatos. Por el contrario, debemos cumplir nuestras obligaciones, a diferencia de los deberes, porque los hemos acordado libremente y, entonces, nos obliga a ello un principio de imparcialidad. Según éste, «una persona está obligada a cumplir su parte, como lo establecen las normas de una institución, cuando ha aceptado voluntariamente los beneficios del esquema institucional, o se ha beneficiado de las oportunidades que ofrece para fomentar sus intereses». Hay dos tipos de obligaciones sujetos a este principio de imparcialidad: aquéllas que aceptamos al ocupar un cargo político, que nos ata con deberes y obligaciones institucionales y que están especialmente reforzadas porque permite lograr nuestros intereses desde posiciones óptimas, y aquéllas que pactamos voluntariamente con otros ciudadanos.

Las explicaciones de Rawls dan más juego que lo que es posible explicitar tan brevemente. Pero, con todo, quisiera hacer tres comentarios. En primer lugar, que siendo el deber natural de justicia y las obligaciones distintas, sin embargo, están pensadas para que estén mutuamente reforzadas; es más, la obligación política queda sustentada con carácter general para todos los ciudadanos -o mejor, reducida a- en ese deber natural de justicia y, al mismo tiempo doblemente reforzada en la existencia de ese principio de imparcialidad. En segundo lugar, al hacer esto, Rawls abandona un principio básico del contractualismo para justificar la obligación política, el de la libertad para realizar pactos que nos obliguen porque han sido realizados voluntariamente. Con lo que entra en contradicción con sus bases y presupuestos ideológicos. Por último, con ambos tipos de deberes y obligaciones, llega incluso a defender el deber de obedecer una ley injusta. He aquí lo importante: considera que una ley que sea injusta no es una razón suficiente para no cumplirla. Siempre que la estructura

básica de la sociedad sea «razonablemente justa», según el estado real de las cosas, no cabe sino justificar que las leyes injustas son obligatorias. Esto plantea problema teóricos muy importantes, especialmente a la hora de conjugarlo con su justificación de la desobediencia civil. Cuestión que interesa tratar ahora. Adelantando algo, parece que es difícil casar un deber de obediencia tan riguroso como es el de deber de obedecer una ley injusta con la defensa de la desobediencia civil.

4.- **Obligación política y desobediencia civil.** Es ésta una cuestión que pone a prueba muchas de las ideas ya explicadas. Al mismo tiempo que la obligación política, esto es, el deber moral de obedecer a las leyes, se ha convertido en tema central de la Filosofía política, ha aparecido en las sociedades occidentales avanzadas un fenómeno social de indudable importancia. Me refiero al surgimiento de movimientos ciudadanos de protesta que se niegan a obedecer determinadas medidas legales de las autoridades alegando para ello, precisamente, razones morales. Por esto, la cuestión de la desobediencia civil tiene unos rasgos peculiares por los que cobra una especial relevancia. En efecto, en cuanto que es «desobediencia», quienes la promueven se ponen al margen de las leyes, cometen un ilícito, pero en cuanto que es «civil», manifiestan el máximo respeto a las consecuencias de sus actos, en suma, a la reacción jurídica y, a la postre, al ordenamiento jurídico y al Estado. Por lo tanto, no se trata de acciones revolucionarias, al margen del sistema, que pretendan desestabilizar el orden social. Sino que, mostrando su repulsa a esas medidas públicamente, buscan cambiar las leyes y, asimismo, la orientación de la política del gobierno que inspira esas leyes. Un fenómeno muy similar a la desobediencia civil, pues presenta rasgos semejantes, es el de la objeción de conciencia al servicio militar, legalizado en bastantes países, pero en la cual aparece también la negativa a obedecer las leyes de incorporación a filas basada en razones de conciencia.

Para entender mejor el problema de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia, conviene mencionar algún ejemplo. La eclosión del fenómeno de la desobediencia civil tuvo lugar, sobre todo, en los EEUU con la guerra de Vietnam a raíz de la cual muchos mozos se negaron a incorporarse a filas y, como modo de protesta, organizaron grandes manifestaciones que culminaban con la quema pública de cartillas. Igualmente, los actos reivindicativos de la minoría negra en favor de sus derechos civiles, sus manifestaciones y marchas vinculadas a la figura de Martin Luther King se incluyen en la categoría de la desobediencia civil. Probablemente, el caso más conocido de este tipo de actos son los promovidos por Gandhi quien con su protesta pasiva ha pasado a la historia como el autor de la independencia de la India. Por lo demás, hoy, particularmente en nuestra sociedad, la desobediencia civil o la objeción de conciencia se está aceptando como algo común y un medio apropiado para la reforma de las deficiencias presentes en la política del gobierno. Ahí están, la objeción de

conciencia al servicio militar regulada legalmente o la insumisión, el aspecto más radical de esta protesta; también, el incipiente movimiento a la objeción fiscal; u otro tipo de manifestaciones o marchas organizadas en protesta de determinadas medidas económicas.

En definitiva, lo que está en juego es, si se pueden aducir argumentos morales para justificar y reforzar la obediencia al Derecho, ¿por qué no puede hacerse lo mismo para justificar la desobediencia a la ley? O, desde otra perspectiva, ¿hasta qué punto puede el Estado imponer la obediencia a leyes o medidas políticas que colisionan con los principios más íntimos de nuestra conciencia? ¿Debe primar la violación de nuestros criterios morales con la obediencia a los mandatos del Estado? ¿No supondría eso un menosprecio de nuestra dignidad y de nuestro autorespeto como seres morales autónomos y libres? Estas son otras tantas cuestiones que explicitan el meollo del problema. Y no es para menos.

Pues bien, la aparición de la desobediencia civil, de actos que claramente suponen una violación de la legalidad estatal, ha generado una interesante literatura sobre esta categoría y su conjunción con la obligación política. Dados su difusos perfiles, las propuestas de definición de este concepto han sido muchas y, todo hay que decirlo, todavía quedan muchos aspectos por delimitar. Ahora bien, existe una definición que es la comúnmente aceptada. Se dice, siguiendo la famosa enunciada por H.A. Bedau, que la desobediencia civil es *un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno.* Aparece así como un mecanismo de apelación a los valores dominantes en la sociedad, a ciertos criterios de justicia de la mayoría de la comunidad y de intentar convencer a ésta de dichos valores no están siendo respetados por el gobierno o los legisladores. Como se ve, se ha intentado perfilar sus rasgos con el fin de diferenciar la desobediencia de la mera delincuencia o de actos de rebeló o revolución.

Sus rasgos son claros, aunque alguno de ellos puede ser discutido. En primer término, los actos de ruptura de la ley deben ser públicos, es decir, no cabe una desobediencia civil realizada en la intimidad o ante personas sin una voluntad de publicidad. La disidencia se muestra mediante sentadas, manifestaciones, utilización de medios de comunicación porque el cambio que se busca precisa que sea conocido por el resto de ciudadanos y que ellos juzguen la injusticia protestada. Además, debe ser un acto público porque se recurre a unos principios conocidos por todos para resolver la inmoralidad causada. Por lo mismo, no deben ser violentos. La violencia no es un medio de reclamación. Aborrece al sistema de libertades y a la existencia de un sistema de derechos fundamentales la compulsión violenta, la fuerza la presión indiscriminada sobre las personas para modificar las decisiones políticas. Otra nota destacada es

que los actos civilmente desobedientes deben ser también conscientes. Consciencia supone darse cuenta de que se rompe una regla de naturaleza pública y que, por tanto, también conlleva la voluntad de aceptar las consecuencias legales de su conducta ilícita. Debe aceptarse la sanción porque se demuestra así la sinceridad del comportamiento. Suele hacerse un especial hincapié en este aspecto pues es una forma de mostrar las buenas intenciones de quien desobedece.

Como expuse con anterioridad, al margen de que las explicaciones sobre estos rasgos susciten algún que otro comentario, el interrogante más interesante surge cuando se pretende armonizar la justificación de la obligación política con la existencia de la desobediencia civil. Preciosamente, es éste un aspecto en torno al cual la teoría de Rawls muestra serias deficiencias. Como vimos, este autor establecía un sistema de deberes y obligaciones que, a la postre, estructuraba una tupida red de conductas obligadas. Parece no dejar muchos huecos a las conductas desobedientes, pero, lo curioso del caso es que es uno de los defensores de la desobediencia civil y que acepta plenamente la definición y los rasgos antes señalados. La verdad es que, sin ánimo de extenderme más de lo necesario, al final, resulta que la desobediencia civil según Rawls queda reducida no a actos de protesta o violación de leyes, sino a un ejercicio sin más de determinados derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico. En definitiva, es una plasmación de las dificultades por articular en la teoría una explicación convincente de las razones para la obediencia al Derecho.

4.- **El caso español: el vivo debate sobre la obediencia al Derecho.** En la Filosofía del Derecho española, ha habido una interesante polémica sobre la cuestión de la obediencia al Derecho que ha conducido a dos posturas radicalmente distintas. La polémica se origina a raíz de la respuesta negativa de F. González Vicén al problema de la obediencia al Derecho que ocasionado la crítica de Manuel Atienza y Elías Díaz y la defensa de J. Muguerza. En este punto, no es posible extenderme en todas y cada una de las razones aducidas, en las críticas y réplicas. Tan sólo quiero dejar constancia de la tesis de F. González Vicén, sin duda, sumamente atractiva. Este profesor estudia la existencia de órdenes normativos en la sociedad y las razones para la obediencia. Dice: «El Derecho es obra humana, una suma de esquemas de conducta que imponen un determinado comportamiento en determinados supuestos de hecho, esquemas que son producto de una situación social e histórica determinada y están formulados por hombres con la pretensión de que otros hombres adecuen a ellos su obrar. Ante este hecho el interrogante es insoslayable: ¿estamos obligados a cumplir estos esquemas de conducta? Y en caso afirmativo, ¿por qué?» (E. Fernández, p. 92).

Su opinión es realmente provocadora y ello la hace realmente interesante. Según F. González Vicén, no caben respuestas basadas en el miedo, prudenciales, ni basadas

en la utilidad, conveniencia o ventajas que se logran. La respuesta debe encontrarse en el plano ético. Tras un análisis de algunas teorías, por cierto ya mencionadas al hablar de la obligación política, llega a la conclusión de que: «No hay obligación en sentido ético de obediencia al Derecho. Ni por su estructura formal ni por sus contenidos materiales el Derecho puede fundamentar éticamente la exigencia de su cumplimiento. El esquema de conducta exigido en la norma jurídica lo que nos dice son las consecuencias que tienen para la persona o para el patrimonio su infracción, pero no, en un sentido ético, que debemos cumplirlo». O sea, que no existen razones morales para la obediencia al Derecho. No que no existan razones para la obediencia al Derecho, sino que ésta no constituye una obligación ética. La razón de esta opinión estriba en que para este autor el plano en el cual deben de justificarse las obligaciones es el plano de la autonomía moral de cada uno. Y en este plano no existen razones para la obediencia. Es más, la tesis provocadora de F. González Vicén es tal porque lleva esta idea hasta sus últimas consecuencias: en caso de colisión entre un mandato legal y una obligación moral debe predominar los preceptos de nuestra conciencia. «Mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia».

Entre las reacciones que ha ocasionado esta postura, está la de M. Atienza que ha negado la validez de la opinión de que exista un deber moral de desobedecer a la ley en caso de colisión con nuestra conciencia. En resumidas cuentas, viene a aclarar que, en definitiva, González Vicén acaba por defender una postura individualista a ultranza que llevada a sus consecuencias conduce a negar toda dimensión social de la ética, lo que es claramente una falacia. Por otra parte, pone de manifiesto que muchas de las decisiones éticas de los individuos basadas en su autonomía carecen de unas mínimas dosis de racionalidad, que la postura de González vicén roza el irracionalismo porque no ha explicado cómo se justifican los juicios morales que conducen a la desobediencia a las leyes.

2.4.- Derecho y usos sociales.

Como he venido insistiendo, el entramado de reglas que determinan nuestro comportamiento en la vida social es sumamente extraordinario. Junto a las normas jurídicas y las reglas morales, junto al Derecho y a la moral, existe un tercer sistema normativo que también orienta nuestra conducta, que cumple un papel similar en el contexto social. «Se trata de un enorme y variado repertorio de normas que, en su conjunto, constituyen una categoría especial» (Recaséns Sichés). Estos son los *usos sociales*. La verdad es que, en ocasiones, no suele apreciarse su importancia y su soli-

dez como medios de regulación de nuestro comportamiento porque carecen de la espectacularidad y la confianza que merecen el Derecho y la moral. Sin embargo, es indudable su presencia y, lo que es más, dada su naturaleza, a medio camino entre las normas jurídicas y las reglas morales, es difícil, a veces, perfilar con claridad sus rasgos más destacados. Pero ello, no debe ser un obstáculo para el reconocimiento de su importancia. De hecho, existe una extensa literatura sobre este particular. Sociólogos, filósofos del Derecho y de la moral, antropólogos se han preocupado por diferenciar y definir lo que son los usos sociales y la cuestión sigue sin dilucidarse con claridad. Pues, el problema tiene muchos perfiles, muchos ángulos difíciles de precisar.

Primero de todo, lo más apropiado es identificar el fenómeno al cual nos estamos refiriendo con algunos ejemplos. Recaséns cita numerosos casos de este tipo de reglas: las de decencia, decoro, buena crianza, corrección de maneras, cortesía, urbanidad, respeto social, gentileza, normas de estilo verbal, del estilo epistolar, exigencias sobre el traje, compañerismo, caballerosidad, galantería, atención, tacto social, finura, etc. Reglas que imponen numerosos actos: el saludo, visitas de cortesía, invitaciones, regalos, propinas y aguinaldos, compostura del cuerpo en determinados casos, la forma del traje según las situaciones, un determinado comportamiento en la mesa, unos modales, reglas del juego, en la conversación, asistencia a actos, en el lenguaje, «y, en suma, todos los especiales deberes de comportamiento que derivan del hecho de pertenecer a un determinado grupo o círculo social». En definitiva, son unas formas de vida que, de hecho, materializan un conjunto de prácticas de conducta compartidas y aceptadas por un grupo social. Surgen como una manifestación de la práctica vital de la comunidad.

No obstante, son muchas las cuestiones que están enlazadas con los usos sociales. En particular, el hecho de estar entre las normas jurídicas y las reglas morales, el tener rasgos comunes a ambos sistemas jurídicos, su carácter inconsciente y su presencia difusa hace que haya muchas dudas y muchos interrogantes sobre su estatuto normativo. Es lo que pretendo aclarar a continuación. En primer lugar, clarificar los problemas conceptuales que les rodea, en particular el rótulo que hay que darles; a continuación, el concepto y los rasgos más destacados luego, los tipos de usos sociales; y, en el apartado cuarto, nos preguntaremos por su eficacia regulativa o normativa; y, finalmente, una breve disgresión sobre las diferencias entre el Derecho y los usos sociales.

1.- **Clarificación terminológica.** La primera de las cuestiones más controvertidas es la del término o términos que debe utilizarse, sobre lo que no hay en absoluto unanimidad. Como dice R. Paniagua, nuestro idioma no dispone de un término claro que se refiera a todos esos actos descritos con anterioridad. Todo lo contrario a lo que

sucede en otros idiomas puestos en evidencia por autores de relevancia: en inglés *positive morality,* como anticipó J. Austin, o en alemán, *Sitte,* según expresión utilizada por R. von Ihering. Pero, en castellano, no hay tal término específico. Así hay expresiones muy similares: reglas de cortesía, de decoro, usos y costumbres, hábitos, convencionalismos sociales, modas. Pero, los términos habituales son o bien el de *usos sociales* o el de *reglas de trato social.*

No suele aceptarse los términos de reglas de cortesía o de decoro por cuanto hacen referencia a un tipo de conductas relativas a la etiqueta social, a los buenos modales y, por tanto, no incluye conductas muy importantes que trascienden el ámbito de la buena educación. En cuanto a los «convencionalismos», al hacer referencia al concepto de «convención», implica la idea de pacto o acuerdo voluntario olvidándose de que muchas de esas conductas no tienen nada que ver con lo artificial. Es más, los comportamientos reglados aquí examinados se han ido conformando de forma inconsciente, por el transcurso del tiempo, más que por acuerdo de voluntades. Es algo que «se da por descontado». La convención poco tiene que ver con las conductas y reglas que aquí se trata. Como dice, Recaséns Sichés, es una denominación «infortunada, porque evoca la idea de convenio, la cual es precisamente todo lo contrario de la esencia de estas normas, pues lejos de derivar de una convención, aparecen preconstituidas ante el individuo». Al mismo tiempo, el término «costumbre» tampoco parece muy apropiado por cuanto puede llevar a confusiones al utilizarse en el ámbito del Derecho, en particular, del Derecho consuetudinario, y aparecen como una fuente del Derecho, aunque sea secundaria.

Por tanto, la primera cuestión es resolver la duda acerca de si conviene utilizar el término «usos sociales» o «reglas de trato social». El concepto de «reglas de trato social» es una aportación importante de Recaséns Sichés -y aceptado por E. Díaz- para referirse a esta «extraña casta de normas que presentan, ante todo, a primera vista, como dimensión común, a todas ellas, dos caracteres negativos: el no ser ni normas morales ni normas jurídicas, aunque muchas veces se parezcan a las primeras y no pocas veces a las segundas». Se parecen al Derecho en determinados rasgos -su dimensión social y su exterioridad- y tienen semejanzas con las reglas morales. Y, sin embargo, no son una cosa ni otra: ni encajan dentro del concepto de moral, ni coinciden con la esencia de lo jurídico. Por lo tanto, el dato que, en opinión de Recaséns Sichés, resaltaría de esta descripción es que, con las reglas de trato social, se marginarían las costumbres morales y jurídicas, cuyo estatuto normativo sería distinto más cercano a la moral y al Derecho. En cuanto a los «usos sociales», según Recaséns Sichés, «aunque es exacto que se manifiesten a través de costumbres, esta denominación tiene el inconveniente de que mediante la costumbre se hacen también ostensibles otros tipos normativos completamente diversos (como, por ejemplo, principios morales y preceptos jurídicos)».

Los usos sociales englobarían aquellas conductas cuya obligatoriedad deriva tanto de las costumbres jurídicas y morales como de las reglas de trato social. Sería un concepto más amplio que este último, en particular, en su normatividad. E. Díaz acierta en la descripción del problema referido a las reglas de trato social y su relación con la costumbre jurídica y moral. El problema reside en la manifestación de su normatividad: «Así como en la ética y en el Derecho la expresión normativa a través de usos no es, respectivamente, ni su manifestación más radical (lo sería la conciencia individual), ni tampoco su manifestación predominante (lo sería hoy la norma legal), en cambio en las reglas del trato social el instrumento generalizado de expresión lo constituyen los usos sociales». O sea, «si bien toda regla del trato social se expresa fundamentalmente a través de un uso social, no todo uso social es expresión de una regla de trato social: hay, en efecto, usos sociales que expresan normas morales y otros que expresan normas jurídicas, Derecho consuetudinario fundamentalmente» (p. 31).

La verdad es que las razones y las explicaciones son convincentes y merecen ser tenidas en cuenta. Lo que queda claro es que la expresión «usos sociales» incluye un buen número de reglas de conducta que se manifiestan a través de hábitos, de costumbres, de comportamientos reiterados. Mientras que las «reglas de trato social» son sólo una parte de esos hábitos. No obstante, con ser importantes los argumentos de Recaséns Sichés, aquí se va utilizar el de «usos sociales» porque es un término genérico que engloba todos estos aspectos y es el comúnmente aceptado. Además, en definitiva, pese a que se pretenda diferenciar las reglas de trato social de la costumbre jurídica y moral, lo cierto es que todas se manifiestan de la misma manera, tienen rasgos similares y su eficacia normativa responde a razones semejantes. Y hacer separaciones entre todos esos fenómenos quizá pueda ser fructífero intelectualmente, pero puede llevar a no captar todos los aspectos de la cuestión.

Y, la verdad es que, quienes utilizan el concepto de «uso social», normalmente quieren hacer referencia a las mismas conductas que caen bajo el término de «reglas de trato social» con la precisión de que pueden manifestarse algunas que son expresión de normas jurídicas o normas morales. Es más, suelen diferenciarse entre usos sociales en sentido amplio, en cuya concepto se incluirían desde las reglas de trato hasta la costumbre jurídica y la moral y usos sociales en sentido restringido para referirse sólo a las primeras. En este sentido, comparto la opinión de N. Alvarez de que el centro de la polémica es una cuestión gramatical: «Que la expresión uso social parece capaz de referirse no sólo a lo que estrictamente llamamos Usos, sino también a los que tienen un carácter jurídico o moral; pero sólo en sentido gramatical y no más que la expresión de Recaséns propone para sustituirla» (N. Alvarez, p. 88). Por otra parte, la noción regla de trato social no parece muy apropiada por lo excesivamente restricti-

va que es cuando la costumbre jurídica -cumplimiento de un contrato, usos mercantiles, etc.- también tienen los mismos rasgos que los usos sociales.

2.- **Concepto y rasgos de los usos sociales.** Ya es hora de que después de estas disgresiones intentemos definir mínimamente el concepto de «uso social». En una primera aproximación, conviene que retengamos que «en un sentido amplio los usos sociales son un conjunto de prácticas, pautas y reglas de comportamiento generalmente admitidas en una sociedad o en algunos de sus sectores y que afectan a numerosísimos aspectos de nuestra vida: a nuestra forma de vestir, de expresarnos, de comportarnos con los demás, de ordenar en suma gran parte de nuestros actos» (J. de Lucas, p. 36). Por lo tanto, a primera vista, hay dos rasgos que caracterizan cualquier uso social: *que regula una conducta de forma reiterada y que esa conducta está socialmente extendida.* Y estos rasgos, se insiste, son comunes a las reglas de trato y a la costumbre jurídica y a la moral. No se refiere a una conducta aislada, sino a aquellas acciones que se ha visto reforzada por el sucesivo cumplimiento y su extensión a otros individuos del grupo social.

Lo cierto es que estas conductas suelen manifestarse en la forma de *hábitos* o *costumbres* y adquieren un estatuto especial. Aparecen como «mandatos colectivos anónimos» que se dirigen a nuestro inconsciente, incluso, nuestro cumplimiento del mandato es involuntario, espontáneo, como ha recalcado Ortega y Gasset. Y, como dice Recaséns apuntando unas notas muy interesantes sobre los usos, se manifiestan «como comportamientos debidos en ciertas relaciones sociales, en un determinado grupo o círculo especial, y sin contar con un aparato coercitivo a su disposición, que fuerce inexorablemente a su cumplimiento, aunque con la amenaza de una sanción de censura o de repudio por parte del grupo social correspondiente» (Recaséns, p. 200).

Por lo pronto, destaca el extenso conjunto de conductas que se engloban dentro del término uso social. Que imponen un volumen considerable de comportamientos reglados para los cuales establecen un deber con rasgos propios. Son conductas que, a la postre, son importantes pues concretan cómo debemos relacionarnos en el día a día con los demás, llegando a extremos a los que no llega ni la moral ni el Derecho. Y, por lo mismo, por la cantidad de conductas afectadas, resulta que los usos sociales no tienen una única versión sino que son muchas y muy dispares. Por ejemplo, el saludo es un uso social generalizado, todas las personas suelen saludarse con independencia de donde viva, pero, sin embargo, su forma y manifestación varía de un país a otro, de una región a otro. Unos dan la mano, otros un beso o dos, o varía el lugar donde se da el beso, etc. Y, si alguien se traslada a otro país con una forma distinta de saludar y no la aprende, su acción no será entendida. Lo mismo puede decirse con multitud de con-

ductas: sobre el traje o vestido que es apropiado para cada lugar, edad, profesión, igualmente con las comidas, con sus horas, sus distintos alimentos y condimentos, etc. Idem, con el lenguaje.

Por otra parte, suele decirse que las conductas que caen bajo el concepto de uso social son conductas que se consideran apropiadas en el contexto de un grupo, un círculo social, una colectividad que, en ningún caso, se extiende a toda la sociedad. Son grupos amplios de personas, pero que no llegan a constituir una asociación. Así, hay autores que insisten en que los usos sociales se encuentran entre la moral y el Derecho en cuanto al ámbito de proyección. Mientras que las reglas de la moral tienen como ámbito de eficacia la conciencia del individuo y el Derecho a la totalidad de la sociedad, los usos tendrían un ámbito que sobrepasaría la conciencia individual y no llegaría a vincular a toda la sociedad, sino sólo a círculos de individuos próximos entre sí o con una determinada relación.

También destaca la forma en que se efectúa la presión sobre las conductas requeridas. No existe un aparato coercitivo que apoye estos mandatos como pasa con los preceptos jurídicos, pero no por ello nos debemos llevar a engaño. La presión es mucho más difusa que la de la conciencia individual o la coerción jurídica y, sin embargo, es más intensa. Incluso, se llega a decir que más eficaz que la presión jurídica, pues, a fin de cuentas, la eficacia de toda reacción jurídica depende de tantas circunstancias que, a veces, la hace inútil ya sea porque es lenta, porque depende de éxitos policiales o de la diligencia judicial. La intimidación del Derecho quiebra en la realidad, lo que no sucede con la presión que acompaña a los usos sociales. Esta se manifiesta con la pérdida de la fama o del buen nombre, el aislamiento social, la marginación, el ostracismo. Presiones muchas veces muy difíciles de soportar por quien vive en un contexto social determinado y que hacen que las personas se lo piensen mucho antes de romper con un uso social consolidado.

En definitiva, los usos sociales se caracterizan: a) por ser un *mandato anónimo,* que, en la forma de costumbre o de hábito, regula nuestras relaciones sociales con los demás y es obedecido de forma inconsciente o espontánea; b) tienen un *carácter grupal, colectivo o social,* en la medida que sobrepasa el ámbito individual y sin alcanzar a toda la extensión de la sociedad afecta a grupos amplios de individuos; c) son *heterónomos,* pues, como los preceptos jurídicos, se imponen desde fuera del individuo; y d) están apoyados por una *presión difusa,* pero *intensa,* en ocasiones, más eficaz que la clara y ostensible del Derecho.

3.- **Clases de usos sociales.** A la par de las precisiones terminológicas ya expresadas, suelen distinguirse dos tipos de usos sociales: *usos sociales normativos* y *usos*

sociales no normativos. Si bien los usos sociales se caracterizan por regular diversas conductas reiteradas y extendidas en la vida social, existen algunos, como ya se ha anticipado, que tienen una mayor fuerza para imponerse como regla de comportamiento. Aquello usos que tienen una mayor fuerza de imposición son los usos normativos y los que la tienen muy debilitada o carecen de ella son lo usos no normativos. En el caso de estos últimos, suele englobarse bajo esta categoría determinados *hábitos* o *costumbres,* que, regulando una conducta reiterada y extendida, sin embargo, su realización no es exigida por el grupo, el círculo social o la sociedad en general. Carecen, en definitiva, de fuerza vinculante, de una mínima normatividad y no son obligatorios. Ejemplos de estos usos no normativos son determinadas prácticas o conductas comunes a una sociedad que regulan hábitos como la hora de levantarse, horario de comidas, el tipo de alimentación, vestido, etc., y, multitud de actos cotidianos que, a primera vista, no tienen una razón de ser y que se ejecutan espontáneamente, porque sí; aspectos todos ellos, en suma, de nuestra vida diaria que varían de zona a zona por diversas razones, sean geográficas, culturales, etc., y cuyo cumplimiento suele ser inconsciente o queda al arbitrio de cada uno porque su incumplimiento no produce ninguna reacción social de importancia. El grupo social no ejerce ningún tipo de presión para que sean respetadas y, más bien, contempla con indiferencia su violación o, en todo caso, como una muestra de lo variopinto que es nuestra sociedad o de la excentricidad del actor.

La otra clase de usos, los *usos sociales normativos,* sí que son exigidos por el grupo social provocando su incumplimiento una fuerte reacción. En puridad, teniendo bien presente las precisiones realizadas en el apartado anterior, son los usos sociales en sentido estricto. Son, por tanto, vinculantes y existe una conciencia de su normatividad. Se imponen desde fuera y su violación genera una reacción adversa que tiene varios grados, pues va desde la mera reprobación o reprensión, la pérdida de prestigio, repulsa o rechazo social, hasta el ostracismo y la marginación del círculo social, incluso reacciones que no son fáciles de prever porque quedan al albur de la voluntad colectiva del grupo. Tienen una forma de imponerse que, en ocasiones, es más intensa y eficaz que la de las normas jurídicas. Pensemos en el saludo, ejemplo típico de uso social normativo. Si un amigo con el que te cruzas habitualmente deja de saludarte no una vez sino de forma reiterada, automáticamente, al margen del enfado que pueda suponer, lo normal es dejar de saludarlo como reacción espontánea a su falta de educación.

Junto al saludo otros ejemplos de estos usos sociales son determinadas formas de vestirse o de hablar y de comportarse en algunos contextos sociales, en fin, los protocolos oficiales, y, en general, los normas de cortesía o de urbanidad, de buena educación. Estas últimas son las que Recaséns Sichés considera como reglas de trato social. Pero, también se incluyen pautas de conducta que tienen un marcado carácter moral,

que conforman la moral social o pública vigente en una sociedad. En estos casos, las conductas exigidas poseen una mayor importancia para el grupo y, por ello, van apoyadas por una mayor fuerza vinculante de forma que su violación provoca una reacción mucho más poderosa. Por ejemplo, el adulterio que, si bien en nuestro ordenamiento jurídico estuvo penado hasta relativamente hace poco tiempo -incluso, en materia civil, aún perduró más la derivación de responsabilidades-, hoy es una conducta tolerada por el Derecho, mientras que socialmente, según el ambiente en que nos desenvolvamos, da lugar o bien una repulsa o estigmatización del actor, o bien motiva una falsa fama, es una razón para el mayor prestigio personal o de una especie de hombría excepcional mal comprendida. Pensemos también en determinadas conductas sexuales, en principio, no prohibidas por ninguna norma jurídica, pero cuya realización -por ejemplo, la homosexualidad, el lesbianismo sin llegar a mencionar otras como el sadismo u otras perversiones sexuales- provoca la total marginación de los actores, incluso su estigmatización.

También se incluyen entre estos usos sociales normativos algunas conductas relacionadas con el mundo del Derecho. En concreto, usos propios de alguna profesión, como usos mercantiles o comerciales, bursátiles y similares que, incluso, se encuentran recogidos en los Códigos de comercio de forma muy ambigua. En general, son los que se conoce como costumbres jurídicas y cuyo estatuto normativo está bastante claro en los sistemas de fuentes del Derecho, lo que, por otra parte, no deja de plantear pocos problemas en el plano teórico.

En resumidas cuentas, lo que caracteriza a estos usos, sean meras reglas de trato social, o tengan un carácter moral o jurídico es su vinculatoriedad y su capacidad para imponerse cuando no son cumplidas a través de una reacción social que, en ningún modo, puede despreciarse. En ocasiones, a este elenco suele añadirse otro tipo de prácticas o conductas que son ejecutadas por el grupo social por su utilidad para la persona que la realiza o por su función en concretos contextos sociales y que no se incluye en las anteriores categorías, pero que al ser reiteradas adquieren una parecida consistencia.

4.- **Eficacia normativa de los usos sociales.** Si es controvertida la cuestión terminológica de los usos sociales, así como su definición, sucede otro tanto con el problema relativo a su eficacia normativa o función regulativa, es decir, su capacidad para regular con éxito los comportamiento humanos. Sobre esto, existe un contencioso entre quienes consideran que carecen de esa eficacia normativa y quienes mantienen una postura diametralmente opuesta. Aquí, se defiende esta última postura.

En líneas generales, quienes defienden que los usos sociales carecen de eficacia normativa (entre otros, autores de la talla de G. Radbruch y G. del Vecchio), suelen

basar su opinión en que ocupan una posición muy difuminada entre la moral y el Derecho, aunque sin negarles su importancia, en particular, como protoforma de lo normativo, como una realidad histórica vigente en otras épocas y que, como estadio previo, ha servido de base tanto a la regulación jurídica como moral. Ahora, son, en todo caso, formas degradadas de estos dos órdenes normativos.

Sin embargo, hay que afirmar con rotundidad que los usos sociales tienen una clara eficacia normativa. Y esto es así porque las reglas o prácticas de los usos sociales fijan comportamientos que no dejan de tener su relevancia para un grupo o grupos sociales o para la sociedad en su totalidad. No son meras pautas individuales sino que, en la medida en que son conductas reiteradas y ampliamente extendidas, son reglas generales. Cuando alguien se comporta de acuerdo con las convenciones y los usos sociales no sigue pautas individuales, sino que se comporta según prácticas de conducta admitidas por todos o, al menos, por la generalidad de los miembros del grupo. Por ello mismo, puede decirse que las prácticas así reguladas no sólo orientan el comportamiento de los individuos en la vida social, al mismo tiempo crean *expectativas de comportamiento.* Es decir, las reglas de los usos y convenciones sociales nos sirven para prever los comportamientos de los otros. Su carácter de usos o prácticas convencionales, esto es, de reglas aceptadas, de reglas que se dan por descontado y se siguen de hecho en la praxis vital comunitaria, permite prever los comportamientos «razonables» o «regulares» de los otros en las relaciones intersubjetivas. Las reglas o prácticas de conducta crean expectativas generalizadas de comportamiento. Son pautas de orientación de la conducta que les vienen dadas a los individuos desde fuera y que afectan por igual a todos los miembros del grupo. De ahí, precisamente, la posibilidad de las relaciones intersubjetivas. Probablemente, las relaciones sociales se basan fundamentalmente en la existencia de reglas y prácticas de conducta eficaces que hacen posible prever los comportamientos de los otros y garantizan que los propios van a ser aceptados[1].

El carácter general de las reglas y el hecho de que determinen expectativas razonables de conducta nos pone sobre la pista de cuál es su valor normativo. El conjunto de usos sociales, de prácticas y pautas de conducta que caen bajo la denominación de reglas de trato, soportan un sistema de regulación de la conducta extraordinariamente efectivo. Lo cual hace posible que la conducta intersubjetiva se asiente sobre unas bases mínimamente seguras a tenor de las expectativas de comportamiento que se desprenden de las reglas de los usos y convenciones sociales. Además, ese sistema regulativo permite también juzgar los comportamientos de los individuos en la vida social, distinguir y valorar qué comportamientos son correctos y cuáles no. En este

1 Estas reflexiones y las que siguen se las debo a mi compañero de la Univesidad de Zaragoza el Prof. M. Calvo.

sentido, se entiende que un individuo actúa correctamente cuando se integra dentro de su estructura cultural y acepta los usos de su ámbito cultural. Por el contrario, se entiende que alguien se comporta indebidamente cuando no acepta ese sistema regulativo, cuando no sigue las reglas que determinan los usos y convenciones sociales aceptados dentro de su ámbito cultural. Desde el momento en que se entiende que las reglas y prácticas de conducta establecidas determinan los comportamientos normales, quien no sigue tales reglas se comporta de forma anormal. Es decir, se comporta de una forma que no se corresponde con las expectativas razonables de comportamiento que se desprenden de las reglas y prácticas de conducta aceptadas dentro del ámbito cultural en el que se desarrolla su actividad. Es lo que se llama en sociología *desviación o conducta desviada.*

Los comportamientos de cualquier individuo que no sigue las reglas y las prácticas de conducta aceptadas, cuando menos, llaman la atención, no son comportamientos «normales», no son los comportamientos que «razonablemente» cabrían esperarse de un miembro integrado en la cultura del grupo. El caso extremo es el de aquél que se aparta de forma radical y habitualmente de las reglas y prácticas de conducta aceptadas. La sociedad en este caso no se limita a decir que los comportamientos de este individuo no son correctos, sino que llega a decir que el propio individuo no es normal. Más aún, incluso, el individuo que no acepta las reglas más comunes de una cultura es estigmatizado y considerado como un enfermo. Es el caso de los que la sociedad llama «locos». Cuando esos comportamientos no normales dejan de ser simplemente acciones ridículas o incoherentes y, además, son especialmente graves para la sociedad; entonces al individuo que no sigue las reglas sociales se le llama «delincuente». Pero ésta es otra cuestión. Muchas veces se tilda de loco a quien infringe los usos sociales. El loco es un individuo que se comporta según reglas e intereses propios. No acepta las metas y aspiraciones institucionales y en su comportamiento habitual no sigue las reglas de los usos sociales. Este es un caso paradigmático en el que podemos observar cómo los usos incluso los más insignificantes sirven para estigmatizar y para apartar a algunos individuos de la vida social. A pesar de su intrascendencia, pues, los usos sustentan un amplio soporte de reglas que establecen para un infinito número de casos qué comportamientos son correctos y cuáles no. esa estructura regulativa sirve también para controlar, para juzgar y valorar los comportamientos de los miembros del grupo.

5.- **Derecho y usos sociales.** Tras lo dicho, es patente que existen una serie de rasgos que son comunes tanto al Derecho como a los usos sociales. Como afirma Recaséns Sichés refiriéndose a las reglas de trato, pero que es extensible a nuestro concepto más amplio de usos sociales, ocurre que todos los caracteres que he subrayado en las reglas de trato social para contraponerlas a la esencia de las normas morales,

son, a la vez, notas peculiares de lo jurídico» (p. 205). En particular, los siguientes: que los usos constituyen una forma de vida *colectiva,* también su exterioridad, su facticidad y la heteronomía.

Con ser importantes estas precisiones, lo que interesa es que los usos sociales presentan dos rasgos comunes al Derecho: su normatividad u obligatoriedad y el estar provistos de formas de sanción y coacción. Como ya ha quedado claro, las expectativas que derivan de los usos hacen prever qué conducta se va a realizar en ciertos contextos a la vez que juzgar y valorar conductas. A su vez, los usos sociales pueden ser impuestos en virtud de la presión que ejerce la comunidad y su inobservancia va acompañada de sanciones que van desde la reprobación hasta el boicot, el ostracismo o la marginación del grupo.

Precisamente, esta semejanza ha originado una cierta polémica sobre el criterio de distinción. Con H. Kelsen suele decirse que en los usos su sanción no corre a cargo de «una organización creada a este fin», la existencia de «un cuadro coactivo», de «un cuerpo de personas especialmente destinados a mantener su cumplimiento». La norma jurídica no sólo es cumplida, sino también aplicada al tener un medio válido para imponerse. Por tanto, en su opinión, el elemento destacado es que en el derecho la sanción está institucionalizada. «En efecto, en el ámbito del Derecho existen ciertos órganos específicamente creados para tal fin por el ordenamiento jurídico y especialmente encargados de disponer la aplicación de sanciones: jueces y tribunales, o de aplicarlas efectivamente: policía, prisiones, etc., mientras que la sanción de las normas sociales no está institucionalizada. Las sanciones sociales presentan un carácter difuso, informal, inorganizado. Paralelamente, frente a la frecuente vaguedad y ambigüedad de las normas sociales, el Derecho se caracteriza por una mayor certeza, base precisamente de la seguridad jurídica» (J. de Lucas, p. 37-38, siguiendo a E. Díaz).

Tan extendida está la opinión de Kelsen que con razón Rodríguez Paniagua ha afirmado que «las soluciones que se han dado hasta el momento a la diferenciación del Derecho con respecto a los usos, o siguen a Kelsen, o no logran dar una diferenciación clara, o se mueven entre estos miembros de la alternativa»(R. P., p. 45).

No obstante, este panorama se quiebra un poco con la importante obra de Recaséns Sichés, quien se retrotrae a cuestiones de más enjundia -»la entraña del tema», según su expresión- y quien defiende que «la diferencia esencial ... consiste en una diferencia fundamental entre la forma de imperio de unas y otras, y, consiguientemente, consiste también en una diferencia entre el tipo de sanción de unas y otras» (p. 208). No niega, más bien todo lo contrario, la pretensión de validez normativa de los usos y de las reglas de trato, pues constituyen mandatos para los sujetos, y el incum-

plimiento desencadena «la reprobación social o de exclusión de un determinado círculo colectivo, sanción que puede resultar gravísima para el sujeto, y cuyo temor suele ejercer una vigorosa influencia, hasta el punto que, en algunos casos, sea incluso más fuerte que el de la amenaza de las sanciones jurídicas». No puede obviarse la fuerza del «qué dirán» en la conducta de muchos individuos que puede llevar antes a la infracción jurídica que a la violación de un uso social.

Ahora bien, cuando se refiere a la diferente forma de imperio quiere decir que la sanción que acompaña un uso social «es sólo expresiva de una censura, pero *no es jamás la imposición forzada de la observancia de la norma.* «He aquí la diferencia: que la sanción jurídica es una *ejecución forzada* de la conducta prescrita, como una nota de la inexorabilidad del Derecho, y su ausencia es lo que caracteriza a la sanción de los usos sociales. Según sus palabras: *«lo esencialmente característico del Derecho es la posibilidad de imponer forzosamente, de modo inexorable, irresistible, la ejecución de la conducta debida, o de una conducta sucedánea prevista en la misma norma (o de evitar a todo trance el comportamiento prohibido, o de imponer como equivalente otra conducta)»* (p. 208) «O dicho de otra manera: la norma del mero uso social manda o impera; pero su modo formal de imperio es esencialmente diverso del modo formal de imperio que es característico del Derecho, pues la norma de trato social se detiene ante el albedrío del sujeto, que es quien decide sobre su cumplimiento o inobservancia ...» (p. 210). Y la diferencia en la forma del imperio condiciona que la sanción jurídica sea institucionalizada. Recaséns parece sugerir que una cosa es la organización de la fuerza, que queda al albur de circunstancias más o menos contingentes, y otra la cuestión del imperio, el hecho de que la sanción jurídica implica la ejecución forzosa. Quede así reflejada una teoría que es, sin duda, interesante.

Por último, una perspectiva poco usual, y, por lo demás, atrayente, la esbozó J. Ortega y Gasset quien se preocupó por estudiar en profundidad la cuestión de la eficacia normativa de los usos sociales y su estatuto respecto al Derecho. Ortega insiste en que los usos sociales imponen una forma de organizar la vida, que está ahí forzando al individuo a que cumpla con determinadas reglas de conducta. Pero, el rasgo propio de los usos sociales es que es una organización no pensada, ni querida, sino que se ha formado con el tiempo «espontánea e irresponsablemente». Contrapone esta organización de los usos como «una realidad mecánica, sin sentido sin alma», como organización automática de la vida humana» a la organización de las leyes, «ideada y formulada por individuos». «Las leyes, el derecho, son una nueva organización a la que son sometidos los individuos y que se superpone a la que ya actuaba sobre ellos en la forma difusa de los demás usos».

Como expone Rodríguez Paniagua, Ortega presenta una visión diametralmente

opuesta a la solución dada por Kelsen y que se ha generalizado entre los estudiosos: la de que lo importante era percatarse de si hay o no un órgano social especializado en apoyar a la norma o uso. Reprocha que sólo se vea al Derecho a través de los órganos que lo crean o lo aplican. Frente a ello, reconoce la posibilidad de un Derecho sin Estado, ni aparatos burocráticos, en sociedades primitivas o en las sociedades actuales. Intentar separar el Derecho y los usos sociales es falaz porque «borra o desvanece la íntima interconexión entre el Derecho y el resto de la vida social» (p. 50). Y cita una frase de Ortega: «La vida colectiva es un sistema de funciones, cada una de las cuales se apoya en las demás y las supone. En nuestro caso equivale esto a decir que una institución no empieza ni termina realmente en su propio perfil jurídico, sino que empieza y termina, se apoya, regula y nutre en otras fuerzas sociales».

Bibliografía.-

ATIENZA, M., *Introducción al Derecho,* Barcelona, Barcanova, 1985, pp. 32-35.

CALVO, M., *Teoría del Derecho,* Madrid, Tecnos, 1992, pp. 30-37.

DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho,* 7.ª reimp. de la 2.ª edic., Madrid, Taurus, 1992, pp. 17-29 y 30-37.

GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho,* México, Edit. Porrúa, 1985, pp. 15-24, 25-35 y 97-114.

LUCAS, J. de, y otros, *Lecciones de Introducción al Derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 35-52 y 79-91.

RECASÉNS SICHÉS, L., *Introducción al Estudio del Derecho,* México, Edit. Porrúa, 1990, pp. 83-98 y 99-106.

RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho,* Salamanca, Librería Cervantes, 1991, pp. 57-76 y 77-92.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho,* 3.ª edic., Madrid, Universidad Complutense, 1988, pp. 25-36 y 37-53.

VERNENGO, R. J., *Curso de Teoría General del Derecho,* Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 136-146.

Tercera Lección

LAS FUNCIONES DEL DERECHO

3.1.- El análisis funcional del Derecho

1.- **Premisa.** El análisis realizado hasta ahora se ha centrado en lograr una caracterización del fenómeno jurídico que nos dé una aproximación al concepto de Derecho. Pero una completa caracterización de la cuestión no puede quedarse única y exclusivamente en un estudio de las diferencias entre el Derecho y la moral, o el Derecho y los usos sociales, o sus imbricaciones con el poder político. Como dice Recaséns Sichés, «mucho se ha logrado, al aclarar todas esas distinciones y diferencias. Pero, con esto, aún no tenemos una representación cabal del Derecho. Es necesario darnos cuenta de cuáles son las funciones que el derecho desempeña en la humana existencia». Por ello, hay que dar un paso más en el conocimiento del fenómeno jurídico acercándonos a la realidad misma manifestada en el papel que cumple el derecho en la vida social. En sus *funciones.* Sólo así lograremos, en el sentido especificado por R. Treves, articular una imagen global del mismo.

Pero, reconocer el interés por las funciones del Derecho implica optar por un enfoque del mismo que tiene serias implicaciones. En efecto, hasta fechas recientes, era típico de los estudiosos y teóricos del Derecho preguntarse por cuestiones de muy diferente envergadura. «Hoy en día, las preguntas por la 'naturaleza' o sobre 'qué es' el derecho han perdido bastante del interés y la preponderancia que tuvieron en la historia del pensamiento y la ciencia jurídica y están siendo sustituidas por preguntas sobre la función del derecho, sobre 'cómo' funciona el derecho» (Calvo, p. 38). No

poca incidencia ha tenido en esta cambio la misma evolución del Estado y las transformaciones producidas en el Derecho, especialmente, el paso del Estado liberal al Estado social como tendremos ocasión de estudiar al hablar de los rasgos del análisis funcional. Ahora, en virtud de las transformaciones ocasionadas en el Derecho, las cuestiones que interesan tienen que ver con la utilidad real del Derecho. ¿Para qué sirve el Derecho? ¿Cuál es su función en el contexto social? Y, no sólo eso, sino también cuestiones relativas a la función de una institución jurídica concreta, si cumple con los objetivos propuestas al elaborar la norma jurídica que la regula, y otras similares.

En otro momento, tuvimos la ocasión de especificar las diferentes caras y dimensiones del estudio del Derecho. Una dimensión valorativa que nos señala cómo el Derecho tiende siempre a un fin, normalmente, concretar un determinado valor, sea de Justicia, Libertad, Igualdad, u otro similar. Una dimensión normativa que señalaba cómo el Derecho se compone de normas jurídicas, con una estructura, unos principios organizativos. Y una dimensión social, que nos muestra el derecho vivo, el Derecho como regulación que es establecida para ser realizada, para lograr unos objetivos en la vida social. Esta es, precisamente, la dimensión propia de quien se preocupa por las funciones del Derecho.

Pues bien, cuando estudiamos las funciones del Derecho, esto es, por los objetivos que se plantea en un contexto social, se está, además, postulando que el Derecho no es una instancia totalmente separada de la realidad social. Sino que se pretenden explicar las relaciones entre el Derecho y la sociedad. Durante un tiempo, en la Teoría del Derecho e, incluso, en la práctica, sobre todo la judicial, ha sido bastante común considerar al Derecho y a la sociedad como dos realidades distintas, con su estructura, sus reglas. También hoy en ciertos sectores jurídicos y en el conocimiento que el ciudadano tiene del fenómeno jurídico parece predominar esta opinión. «Es decir, en general se tiene la idea de que el derecho consiste en algo distinto, que existe de 'un modo diferente' al resto de la experiencia social: es la apreciación del Derecho como un entretejido de normas que sólo puede ser comprendido y analizado desde sus propias categorías internas, sin referencia alguna al entorno social en el que tiene lugar» (J. de Lucas, p. 57). Pero, nada más lejos de la realidad jurídica. Existe una interconexión entre la regulación jurídica, los objetivos que se buscan y el contexto social, la sociedad, en la que se pretende plasmar dicha regulación. La regulación jurídica es histórica como cada sociedad tiene las instituciones que corresponde a su tiempo y a sus necesidades.

Hoy, suele defenderse esa interdependencia entre el Derecho y la sociedad. Y, en concreto, que el Derecho es un elemento más de la estructura social, un elemento importante por supuesto, pero que aparece como un subsistema, con sus reglas, de un sistema más amplio que es el conjunto de la sociedad. Por ello, como primera aproxi-

mación a las funciones del derecho, lo que interesa de esas relaciones es, sobre todo, «la cuestión de la eficacia del Derecho, los efectos sociales de las normas, el análisis de la estructura social o los fines a los que tiende el Derecho». Es decir, se trata de estudiar y analizar si una institución o regulación jurídica concreta -por ejemplo, sobre la tutela de menores o el salario mínimo de inserción, el desempleo u otras prestaciones sociales, la Administración de Justicia- cumple con los objetivos que se propuso el órgano o la Administración que la dictó, si ha tenido efectos contrarios, o si cambian las circunstancias y, entonces, hay que cambiar la regulación.

Por último, la perspectiva que opta por reconocer la importancia de las funciones del Derecho, aquí aceptada, tiene dos implicaciones a destacar:

a.- Cuando se habla de las funciones del Derecho, de ningún modo, se pretende estudiar la cuestión de si debe realizar un fin último, un valor. «No se trata de inquirir sobre los más altos valores que deben ser realizados por el derecho. Se trata de otra cosa: se trata de averiguar cuáles son los tipos generales de necesidades humanas sociales que todo Derecho intenta satisfacer, por el mero hecho de su existencia real, e independientemente de su mayor o menor justicia» (Recaséns, p. 111). Podrá entenderse o no que debe satisfacer esas necesidades según ciertas reglas de justicia, lo cual es objeto polémico, pero la perspectiva funcional tiene que ver con los aspectos ya detallados, esto es, con las cuestiones de la eficacia social de las normas jurídicas, y, con esto, nos estamos colocando en otro plano bien distinto.

b.- Al mismo tiempo, esta perspectiva supone superar el enfoque ramplón que sólo ve en el Derecho un conjunto de reglas de conducta, con su estructura y principios. Desde luego, el Derecho es sobre todo mandatos dirigidos a los ciudadanos establecidos con el objetivo de ser obedecidos, pero también es una potente y formidable técnica de organización social. Y, por ello, cabe preguntarse por su realización, por sus funciones y su eficacia. El Derecho es un fenómeno jurídico caracterizado por su complejidad. Así que esta perspectiva apunta aspectos distintos e interesantes del Derecho. Como dice M. Calvo, «el derecho, sin embargo, hoy por hoy, representa una realidad mucho más compleja que la que ha podido representarse con un concepto de derecho basado en la mera consideración de las normas jurídicas como pautas de conducta» (p. 38).

2.- **Análisis funcional del Derecho y funcionalismo.** Vista esta breve introducción sobre el problema que nos va a ocupar, es hora de entrar a estudiar con más detenimiento otros aspectos de interés. Primero de todo, hay que distinguir las diferentes opciones que han estudiado el Derecho desde sus funciones, preguntándose para que sirve. En este sentido, dos formas de ver las funciones del Derecho son las que hay destacar. Por un lado, el *funcionalismo* que es una corriente sociológica de largo abolengo,

preocupada por estudiar la temática de las funciones del Derecho. Y, dentro de la sociología, también el *conflictualismo.* Por otro lado, en el ámbito de la teoría del Derecho lo que se ha dado en llamar el *análisis funcional del Derecho.* Interesa ahora delimitar las rasgos de uno y de otro, del funcionalismo y del análisis funcional del Derecho.

Antes he comentado que, tradicionalmente, se ha estudiado al Derecho desde una perspectiva normativa haciendo hincapié en su estructura, y así ha sido hasta que, en fechas recientes, ha surgido la preocupación por el análisis de las funciones del Derecho, por su dimensión sociológica, por los efectos de las normas jurídicas, aunque esta afirmación deba ser tenida en cuenta con las debidas cautelas. En verdad, en la filosofía del Derecho hay autores destacados que se han interesado por estudiar el problema del papel que ocupa el Derecho en la organización social, como, por ejemplo, la jurisprudencia sociológica y, en particular, las figuras de Ihering así como la de Kelsen. El enfoque funcional también ha sido el postulado por los juristas marxistas que han contribuido eficazmente al estudio del Derecho. Tanto C. Marx como F. Engels insistieron en que el Derecho, como el Estado, son un instrumento de dominación de clase, que están al servicio de los intereses de la clase dominante y que, para ello, se configuran como instancias represivas. También esta idea figura entre las defendidas por los juristas soviéticos -Stucka, Vysinsky-. En líneas generales, han destacado las funciones negativas del Derecho, así como los aspectos conflictualistas del fenómeno jurídico y del Estado.

Pero, realmente, el auge del enfoque funcional en el Derecho se debe a la labor de un autor o, por lo menos, quien lo ha constatado y ha sentado las bases de su desarrollo ha sido N. Bobbio, que, a su vez, ha tenido sus continuadores originales, sobre todo, V. Ferrari, autor de un libro titulado *Funciones del Derecho.* Aun a riesgo de adelantar el análisis de su propuesta, Bobbio subraya «cómo la aproximación conceptual al Derecho no puede permanecer en la idea de que el elemento caracterizador del derecho reside en la especificidad de su estructura, ni siquiera en que el análisis de la estructura del Derecho, de los elementos que lo componen nos provea de una visión adecuada de cómo se presenta el derecho» (J. de Lucas, p. 96). Apuesta así por conjugar el estudio estructural del Derecho con el funcional poniendo el énfasis en esta último. Si bien esto resume los objetivos de Bobbio, había ya un antecedente. En realidad, el enfoque funcional en el Derecho está ya patente en el libro de H.L.A. Hart *El concepto de Derecho* y su análisis minucioso de los distintos tipos de normas que componen un ordenamiento jurídico complejo. Existen unas normas primarias y otras secundarias que se caracterizan por su función, y, entre las últimas, se distinguen también una tipología basada en su función, como veremos en la lección correspondiente.

Precisamente porque el análisis funcional del Derecho estudia al fenómeno jurídico desde sus funciones hay que separarlo del funcionalismo. El funcionalismo es

realmente una teoría sociológica de honda raigambre en esa disciplina y que tiene como antecedentes a E. Durkheim y a M. Weber y como autores más destacados a T. Parsons y últimamente a N. Luhmann. Su propósito es propiamente estudiar todos y cada uno de los aspectos de la sociedad, es dar una imagen global de la organización social. Y para ello parten de un presupuesto. «El presupuesto de todas estas posiciones es la consideración de la sociedad como un conjunto de elementos en equilibrio» (J. de Lucas, p. 100). «La sociedad se concibe esencialmente como un *sistema,* compuesto por diversos elementos -instituciones- que se coordinan e integran entre sí con el fin de preservar y mantener la unidad de la sociedad, el orden social» (Atienza, p. 60). Entienden la sociedad desde una perspectiva orgánica, una globalidad con sus elementos, cada uno de los cuales cumple una función. De toda la teoría, interesa destacar los siguientes aspectos:

a.- La sociedad es entendida como una «unidad compleja», como un sistema. Por lo tanto, conviene insistir en que su objetivo es, sobre todo, estudiar la sociedad misma, sus elementos y su dinamismo, y cada uno de ellos hace referencia siempre a la totalidad. «El sistema social está formado por redes de relaciones que configuran, en términos generales, pautas de interacción humana. Este sistema social, a su vez, estaría formado por subsistemas sociales, esto es, por redes de relaciones sociales establecidas a partir de determinadas pautas o tipos ... La idea de sistema no implica que se trate de un conjunto cerrado, aislado o perfecto de relaciones, por el contrario son sistemas abiertos en constante interrelación con los otros y con una serie de tensiones y contradicciones en su interior que obligan a su cambio y transformación» (J. de Lucas, p. 101). La formulación de Parsons, que es la canónica en el funcionalismo, distingue dentro del sistema cuatro subsistemas: el subsistema político que tiene por objeto el logro de ciertos fines; el subsistema económico o de adaptación; el cultural o de índole ideológica pues debe dedicarse a la supervivencia del modelo social; y el subsistema de integración, caracterizado por poseer los medios de control social.

b.- Cada uno de estos elementos o subsistemas tienen como objetivo el mantenimiento de un determinado grado de integración. Toda sociedad tiende siempre a mantener un determinado equilibrio. Los subsistemas cumplen así una función que viene determinada por su contribución al logro de ese equilibrio, de la integración. Existen también *disfunciones,* cuando los mecanismos de cada subsistema menoscaban o erosionan el equilibrio social.

Precisamente, una de las críticas más potentes presentadas contra el funcionalismo es su insensibilidad ante los cambios sociales. Su incapacidad para percibir correctamente las transformaciones que se operan en las sociedades, su evolución. La tendencia de la sociedad al equilibrio, a la integración es una precomprensión que condiciona

toda la visión de la sociedad y de sus elementos. Por otra parte, es incapaz de explicar convenientemente la existencia de conflictos sociales dada la preponderancia del equilibrio. No niegan su presencia, sino que los subsistemas sociales tienden siempre a subsanarlos, a volver al equilibrio, a la conservación del orden social. Precisamente, esta circunstancia distingue al funcionalismo del *conflictualismo,* teoría sociológica que pone el acento en el conflicto como factor de creación y de evolución de la sociedad.

c.- Por último, el Derecho se caracteriza por pertenecer al subsistema de integración, por ser un medio de control social. «El Derecho es definido como 'un mecanismo generalizado de control social que opera difusamente en casi todos los sectores del sistema social» (J. de Lucas, p. 101). Tiene una función primaria, que es la de integración, esto es, «mitigar los elementos potenciales de conflicto y lubrificar el mecanismo de las relaciones sociales», intentando lograr la mayor adhesión social posible entre los ciudadanos. Además, tiene funciones secundarias: la legitimación del sistema, la interpretación de las normas, el establecimiento de sanciones para quien comete un ilícito y la jurisdicción, esto es, determinar la autoridad que debe aplicar las normas. El Derecho cumple la función de eliminar todo aquello que pueda desequilibrar al sistema, especialmente, cuando se trata de comportamientos desviados y posibles rupturas.

¿En que se diferencia el análisis funcional del Derecho y el funcionalismo? Es ésta una cuestión capital que debe quedar bien clara desde el principio. Interesa, por ahora, destacar dos aspectos:

a.- El funcionalismo estudia las funciones del Derecho desde la perspectiva de una teoría general de la sociedad, desde la prisma de que es un subsistema social que cumple esas funciones en una unidad orgánica más compleja. Es un estudio realizado por sociólogos. Por el contrario, el análisis funcional del Derecho se caracteriza por no partir de algo previo, de buscar el papel en el conjunto de una teoría global de la sociedad. No tienen una imagen previa de la sociedad, carecen de esos presupuestos. Está hecho por juristas metidos a sociólogos.

b.- Los funcionalistas analizan la sociedad como un sistema que tiende al equilibrio y el Derecho como un mecanismo que tiende a la integración. Carecen de una comprensión del cambio. Los segundos buscan eliminar las críticas a las que se han enfrentado los funcionalistas y, en particular, su incomprensión del problema del cambio y del conflicto social. Este enfoque «hace una propuesta de análisis funcional que consiste en utilizar el método funcionalista, es decir, conocer o acercarse a la realidad desde las funciones sociales, pero tratando de eliminar las críticas más importantes que hemos hecho al análisis funcionalista objetivista. Es decir, reconocer que el punto de partida del equilibrio estable es un presupuesto ideológico, y por tanto hay que

contrarrestarlo con un análisis de los datos reales, igualmente reconocer y abandonar las connotaciones de la filosofía de la integración y, finalmente, reconocer el carácter básico del conflicto, como dimensión ineliminable de la estructura social, de la red de interrelaciones de los sujetos sociales» (J. de Lucas, p. 104).

3.- **El análisis funcional del Derecho: N. Bobbio.** La preocupación por la cuestión de las funciones del Derecho ha aumentado realmente gracias al influjo y el padrinazgo de la figura de Bobbio. Ciertamente, hubo autores que, con anterioridad, se habían percatado de su interés, pero estaban centrados en la escuela marxista, que en el ámbito del Derecho apenas tuvo incidencia, y en la sociología, que pretendía dar una visión general de la sociedad siendo el Derecho un elemento más del sistema social. Fue con Bobbio, quien hace de notario de todo esto, cuando, por primera vez, los juristas se asoman a este tipo de problemas funcionales del Derecho. Pero, su labor de constatación y promoción fue paulatina, pues se inicia con un artículo en 1969 y se sucederá hasta finales de los 70s. En efecto, en el contexto de una fuerte polémica sobre el positivismo jurídico en Italia y su declive, dio un importante viraje hacia los problemas funcionales. Se inicia con un ensayo sobre la función promocional del Derecho, publicado en 1969, donde realiza un examen de un tema vivamente sentido en su tiempo: el paso del Estado liberal clásico al Estado social y asistencial. «A propósito de este paso afirma que el puesto siempre más difuso de la técnica ha determinado el paso indicado y ha provocado al mismo tiempo el ocaso de la imagen tradicional del derecho como ordenamiento protector-represor y el surgir de una nueva del ordenamiento de acuerdo a su función promocional, una función que, a su juicio, resulta inaceptablemente demostrable a través de la lista de todos los numerosos artículos de la Constitución en la cual se usa el verbo 'promover' o similares». Lo cierto que a raíz de este artículo y a partir de esa fecha son varios los ensayos dedicados a la función promocional.

De todos ellos, interesa para nuestras explicaciones el que publicó en 1975, titulado «El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas» y que ha despertado un gran interés desde una perspectiva metodológica. De sus comentarios, hay que resaltar los siguientes aspectos, en la línea de lo comentado por M. Atienza (p. 55):

a.- Primero de todo, constata el *creciente auge del análisis funcional del Derecho.* En efecto, Bobbio «ha podido escribir que la ciencia del Derecho del XIX, y hasta hace muy pocos años, se centró en el análisis estructural del Derecho, sin preocuparse mucho por su dimensión funcional» (Atienza). Sin embargo, en fechas recientes constata una mayor atención por el enfoque funcional. Primero, por la expansión de la sociología del Derecho «incluso en esos bastiones del formalismo que han sido siempre las facultades de Derecho». Con el paso del Estado liberal al Estado social, «el problema fundamental para una teoría sociológica del Derecho ... es el problema

de verificar si no han aumentado y, paralelamente, cambiado, las funciones del Derecho, lo que explica la imprevista emergencia y la rápida difusión de la perspectiva funcionalista. Además, el marxismo y su influencia en las ciencias sociales, aunque no tuvo un especial influjo entre ciertos sectores, sin embargo, se dedicó siempre a enfocar su estudio del Derecho desde sus funciones y, en particular, desde la dominación de una clase sobre otra. Se fijaban no tanto en que el Derecho era, al estilo de Kelsen, un ordenamiento coactivo o la fuerza monopolizada, como en que se utilizaba para asegurar a la clase dominante su dominio.

No hay que olvidar, por otra parte, que a medida que el Estado «asumía el monopolio de la producción jurídica, y en consecuencia Estado y Derecho iban siendo considerados cada vez más como dos caras de la misma moneda», el fenómeno relevante es su transformación en instrumento del poder estatal «a través de la formación del Estado-aparato», lo que inducía a los teóricos del Derecho a fijar su atención sobre todo en los problemas de la compleja organización que todo ello implica.

b.- La segunda observación de Bobbio evidencia la pérdida de función del Derecho en la sociedad industrial y tecnocrática, en las sociedades occidentales. Advierte dos tendencias que concluyen en la pérdida de función en el sentido entendido tradicionalmente. Esto es, pérdida de la función asignada en el Estado liberal, es decir, la función represiva. «Estas dos tendencias son: la creciente potencia de los medios de socialización y en general de condicionamiento del comportamiento colectivo a través de los medios de comunicación de masas, y el previsible aumento de los medios de prevención social sobre los tradicionales de represión». Ahora, la función represiva, esto es el control coactivo y a posteriori, está dando paso al empleo de otros medios, incluso más eficaces que logren la integración social y la adecuación de conductas, a través de la socialización, «esto es, la prosecución de la adhesión a valores establecidos y comunes», y la imposición de comportamientos, con la represión de las conductas desviadas. Pero, en realidad, como advierte Atienza, no se trata de una *pérdida* de función sino de un *cambio* en la misma. El Derecho sigue teniendo la función represiva tradicional, sólo que ahora actúa en última instancia, cuando los medios de socialización y de imposición de conductas han fracasado en la integración. Es el recurso último para mantener el orden social.

c.- Otro aspecto observado por Bobbio estriba en que, junto a las funciones atribuidas al Derecho, aparecen lo que llama *funciones negativas.* No sólo va a cumplir funciones positivas -función represiva, resolución de conflictos, legitimación del poder y otras-, sino también funciones negativas. Precisamente, éste es un elemento que distingue al análisis funcional del funcionalismo. Para comprenderlo mejor, hay

que distinguir: *funciones positivas,* cuando se cumplen los objetivos propuestos por una institución jurídica; *disfunciones,* que pertenece a la patología de la función de la institución jurídica, que funciona mal, pero cumple su función positiva. Por ejemplo, los tribunales que «cumplen mal su función -positiva- de resolver conflictos debido a la lentitud y carestía de la justicia», pero son imprescindibles para la aplicación del Derecho y su mera existencia es ya de por sí positiva. Y las *funciones negativas,* que pertenecen a la fisiología y quiere decir no que funcionan mal, no cumplen los objetivos, sino que los resultados son radicalmente contrarios, su funcionalidad es negativa. Por ejemplo, el sistema carcelario: «las cárceles no sólo funcionan mal, sino que su funcionalidad es negativa, en cuanto que son un factor de criminalidad» (Atienza); las cárceles como escuela del delito, lo que lleva no sólo a rechazar su disfunción, sino también todas sus funciones y su propia existencia.

d.- Por último, Bobbio constata, junto a los fenómenos anteriores, *la aparición de nuevas funciones del Derecho.* Como consecuencia del paso del Estado liberal al Estado social, intervencionista y benefactor, el Derecho cumple nuevas funciones: la función *promocional,* a través de la incentivación de determinados comportamiento, y la función *distributiva,* esto es, el reparto de bienes y recursos a través de instrumentos jurídicos.

* Función promocional: «Quien mire las tareas del Estado contemporáneo y las compare con las de los Estados de otros tiempos, sobre todo la tarea de controlar y dirigir el desarrollo económico, no puede dejar de darse cuenta de que el Estado desarrolla a través del Derecho también una función de estímulo, de promoción, de provocación de la conducta de individuos y de grupos que es la antítesis clara de la función solamente protectora o represiva... Cuando el Estado pretende alentar ciertas actividades económicas (y no solamente económicas) se vale cada vez más a menudo del procedimiento de la sanción positiva. Ahora bien, este procedimiento consiste precisamente en una ventaja ofrecida al que observa la norma, mientras que la inobservancia de la misma norma no tiene ninguna consecuencia jurídica, al igual que la observancia de las normas reforzadas por una sanción negativa».

* Función distributiva: «aquella a través de la cual quienes disponen del aparato jurídico asignan a los miembros del grupo social los recursos económicos y no económicos de que disponen».

Con ser importante esta constatación realizada por Bobbio no hay que olvidar, como ha puesto de manifiesto Atienza, «hoy la cuestión fundamental no es ya el paso del Estado liberal al Estado social, asistencial, sino la crisis de este último y, por así, decirlo la creciente privatización de lo público» (57).

3.2.- El concepto de función.

Aunque sea brevemente, interesa tratar la cuestión del significado del concepto de «función». Desde luego, como en casi todos los debates de Teoría del Derecho, las clarificaciones terminológicas parecen imprescindibles, aunque el punto de llegada sea siempre el mismo: una certificación de las ambigüedades que están en el meollo del problema. Sucede lo mismo con nociones ya vistas hasta este momento, como Derecho, moral, usos sociales.

Centrándonos ahora en el que nos ocupa, «función», suelen distinguirse varios significados, unos menos y otros más importantes. Empezando por la analogía que suele hacerse en el habla cotidiana entre «función» y el «papel» o «rol», o «responsabilidad» que una persona, un órgano o una institución debe realizar porque se encuentra entre sus competencias. Pero éste paralelismo es poco interesante. Lo común ha sido identificar «función» con los siguientes conceptos (Atienza, J. de Lucas, Ferrari):

a.- Primeramente, se ha establecido una equivalencia entre la función en las ciencias sociales y el sentido matemático del término. Y, entonces, se señala la relación de dependencia o interdependencia entre dos o más factores o variables, de forma que la modificación en uno implica el cambio en el otro. X está en función de Y quiere decir que su valor depende del que le demos a Y.

b.- Otro significado proviene de la biología y con él se hace referencia a la prestación o contribución que un elemento, un órgano, presta o aporta al conjunto del organismo, a una unidad mayor de la que forma parte. Nos da una visión organicista, propia de la biología, pero que ha sido importada por las ciencias sociales y que ha dado mucho juego en la filosofía. «De la misma forma que se dan una serie de funciones indispensables y vitales, por ejemplo, para el cuerpo humano (función respiratoria, circulatoria, digestiva, etc.), existen igualmente funciones que contribuyen al mantenimiento y a la actividad de la sociedad». La sociedad es concebida como un organismo vivo, en cuanto constituye una totalidad, cuyos elementos son interdependientes y tienen ciertas funciones correlativas a las necesidades globales. «Cada elemento hace una aportación respecto a la unidad. Lo importante, precisamente, es la idea de aportación que depende de las exigencias de cada sistema, vista desde una perspectiva unitaria. En este sentido, por ejemplo, Bobbio señala cómo la utilización más corriente de la idea de función corresponde a la analogía entre sociedad humana y organismo animal, de ahí que defina función en los siguientes términos: «prestación continuada que un determinado órgano da para la conservación y desarrollo, según un ritmo de nacimiento, crecimiento y muerte, de todo el organismo, es decir, el organismo considerado como un todo»(J. de Lucas).

Este sentido organicista del concepto de «función» ha sido el utilizado preferentemente por el funcionalismo, la escuela sociológica fundada por T. Parsons, y también por el conflictualismo. En el primer caso, como vimos, la sociedad aparece como un sistema cuyos elementos se coordinan entre sí, cumpliendo cada uno una función, con el objeto de mantener el equilibrio sistémico y lograr su pervivencia. Los diferentes subsistemas cumplen una función: el político, el logro de ciertos fines; el económico, la adaptación a los cambios; el cultural, la pervivencia ideológica con la socialización; y el de integración, el control social. El Derecho, perteneciente a este último, es un poderoso mecanismo para conseguir o mantener el equilibrio social, para resolver los conflictos sociales y reordenar el sistema social manteniendo su estabilidad.

c.- Ultimamente, ha cobrado cierta fuerza un significado de función distinto; algunos lo catalogan como un significado subjetivista. «Según esta perspectiva la idea de función está en estrecha relación con la acción, los proyectos o los objetivos de los sujetos que intervienen en las relaciones sociales». En el significado anterior, lo que importa es la contribución, la aportación de un elemento, del subsistema, al equilibrio del sistema y a su supervivencia; desde el punto de vista subjetivista, interesa que la aportación de un elemento al conjunto está ligada a los proyectos, intenciones de los sujetos que participan y actúan en el sistema social. Hay una diferencia considerable. Pues bien, en el análisis funcional del Derecho, suele utilizarse esta visión subjetivista del concepto. Este es el caso de V. Ferrari que define el término «función» como «los objetivos primarios asignados al derecho por los actores sociales, o bien, en otros términos, como finalidad respecto a lo que se ordena el uso de aquella modalidad de acción social que hemos definido como jurídica, que consiste en la persuasión de los interlocutores a través de la influencia de mensajes normativos hipotéticos, institucionales y 'justiciables» (cap. IV).

3.3.- Las funciones sociales del Derecho.

Han sido muchas las contribuciones que, desde diferentes esferas del saber y desde diferentes ópticas metodológicas, han tratado la cuestión de comprender cuáles son las funciones del Derecho. Me parece oportuno relatar, aunque sea brevemente, aquéllas que han sido y son más importantes aun a riesgo de cansar al estudioso con un relato tedioso que, aparentemente, sólo sirve para acumular nombres. Con el fin de salvaguardar el conocimiento de las diferentes ópticas creo pertinente escoger las más representativas. La exposición de H.C. Bredemeier y T. Parsons por cuanto constituye su teoría una de las líneas maestras de la sociología general y son exponentes de una corriente tan destacada como el funcionalismo. La teoría de M. Rehbinder por cuanto

desarrolla la visión de una corriente capital en la Filosofía del Derecho americana, el realismo jurídico americano, que ha dejado innumerables huellas en autores contemporáneos y, además, por cuanto sigue a uno de sus representantes más cualificados, K. Llewellyn. La concepción de V. Ferrari, por cuanto ha completado la iniciativa de Bobbio y su análisis funcional del Derecho.

a.- *T. Parsons y H.C. Bredemeier: el Derecho como mecanismo de integración.*

Con las consabidas cautelas, tan sólo me propongo dar una breve idea de la obra de estos dos autores que son figuras clave en el origen y desarrollo de una teoría sociológica tan importante como el funcionalismo. Como dice R. Treves, lo que importa al tratar el funcionalismo de T. Parsons es mostrar la conexión entre el doble concepto de estructura-función y la colocación del derecho en el interior de está fórmula y, además, la consideración del derecho en términos de sub-sistema en el ámbito del sistema social global. De esta forma es posible realizar una sociología del derecho que se fije, sobre todo, en el análisis estructural-funcional de los fenómenos normativos que sea autónomo y complete un estudio formal de la norma jurídica (R. Treves, pp. 205 y ss, Cotterrell, p. 78 y ss.).

T. Parsons, nacido en Colorado Springs, en 1902 y que vivió en Londres y en Heidelberg desde 1931 hasta su muerte en Mónaco el año, 1979, desarrolló su pensamiento a lo largo de una dilatada obra. Toda su obra gira en torno al estudio de lo que es el orden social, la sociedad en general y sobre los medios que permiten mantenerlo, esto es, cuáles son los mecanismos integradores de los cambios que se producen en la sociedad. Estudia, por tanto, las tendencias conservadoras del orden. Entre las obras, interesa destacar ya su primera obra importante del año 1937, *The Structura of Social Action,* donde, tras un análisis de los autores occidentales más importantes, concluye afirmando que las sociedades humanas se fundan sobre un sistema común de valores legitimadores de la sociedad y de las normas institucionalizadoras, igualmente en los fines comunes y los ritos y diferentes formas de expresión. En 1951, escribe una obra emblemática en su biografía intelectual, *The Social System,* donde explica el sistema social como un compuesto por una pluralidad de sujetos individuales interactuando, sujetos que pelean por una tendencia a optimizar las gratificaciones y cuyas relaciones son definidas en términos de un sistema de símbolos. Advierte cómo en el sistema social se debe distinguir la estructura de la función. La primera es un componente relativamente estable de la modalidad de la organización del sistema mismo, constituida por los elementos del «status» y del papel y fundada sobre la presencia de modelos normativos y alternativas constantes. Por función entendía la actividad establecida para responder a las necesidades esenciales del sistema en conexión con el problema de su supervivencia y de los cambios

internos que afectan al equilibrio sistémico. El sistema social está formado por redes de relaciones que configuran pautas de interacción humana. Este sistema social está compuesto por subsistemas sociales, por redes de relaciones sociales establecidas a partir de determinadas pautas. En la formulación de Parsons cuatro son los subsistemas sociales: el subsistema político o de consecución de fines, el económico o subsistema de adaptación, el cultural o de mantenimiento del modelo y el subsistema de integración o de los medios de control social.

Parsons desarrolló sus tesis en diferentes obras de interés. Al tema del papel del Derecho en este conjunto de subsistemas, le dedica el ensayo *The Law and Social Control,* de 1962. Para el sociólogo, el Derecho debería ser considerado como un «mecanismo generalizado de control social que obra difusamente en casi todos los sectores del sistema social». El Derecho no es sólo el conjunto de una serie de reglas definidas abstractamente, sino una serie de reglas ligadas a ciertos tipos de sanciones, legitimadas a través de determinados modos y aplicadas siguiendo vías y procedimientos establecidos.

Trata también la cuestión de la función del sistema jurídico. Para el sociólogo, la función primaria del derecho es la función integradora. Sirve para mitigar los elementos potenciales de conflicto y para lubrificar el mecanismo de las relaciones sociales. El Derecho, por tanto, debe cumplir la necesidad que tiene el sistema por lograr una sólida integración entre sus miembros. En efecto, sólo con la adhesión a un sistema de normas el sistema de interacción social puede funcionar sin degenerar en conflictos abiertos o latentes. De esta forma, el sistema de normas es un mecanismo eficaz de la adhesión de los individuos y se logra que el sistema de interacción social funcione efectivamente. Para ello, con todo, es necesario resolver cuatro problemas que constituyen las funciones secundarias: 1.- La legitimación del sistema. Sobre la cuestión del porqué del sistema, su sentido y valor o significado. Se trata de responder a la cuestión de por qué debemos satisfacer determinadas expectativas; en otros términos, cuál es el fundamento del Derecho y el de la obediencia de los ciudadanos sin que se precise la imposición de una autoridad. 2.- La interpretación de las normas. Se refiere al significado que la norma general puede tener para nosotros en una situación particular. 3.- El establecimiento de sanciones. Esto es, las consecuencias favorables o desfavorables que deben seguirse del comportamiento individual según si éste es conforme o no a lo esperado. 4.- El problema de la jurisdicción. Se refiere a los sujetos y a las circunstancias, y los procedimientos que conducen a la aplicación de las normas jurídicas, a su interpretación y a la sanción de los infractores. Es el problema de la autoridad de las personas y actos que tienden a la determinación y a la imposición de las normas. Pues bien, la definición de estas cuatro funciones permite ubicar la posición del sistema jurídico respecto al sistema político.

H. C. Bredemeier retomó y desarrolló la doctrina de T. Parsons. Para Bredemeier, el Derecho tiene normalmente la función de resolver los conflictos sociales. El Derecho es un subsistema de la sociedad global en relación con otros subsistemas de la sociedad. Afirma que «el sistema jurídico puede ser considerado como un mecanismo de integración que contribuye a la coordinación de la sociedad». Tal coordinación se realiza por medio de emisiones *(outputs)* del sistema jurídico dirigidas hacia otros sistemas de la sociedad, a cambio de inmisiones *(inputs)* procedentes de estos mismos sectores y recibidos por el propio sistema jurídico. Cita varias ejemplos (Treves, p. 209, Cotterrell, p. 84):

– Señala los *outputs* de la interpretación de los casos y la legitimación de la actividad legislativa emitidos por el subsistema jurídico hacia el político y, a cambio, el primero recibe los *inputs* de la indicación de los objetivos y fines del subsistema jurídico y los medios coercitivos necesarios.

– Asimismo, los *outputs* de las decisiones jurisprudenciales que producen solidaridad orgánica y que son emitidos del sistema jurídico hacia el sistema económico y, a cambio, recibe los *inputs* constituidos por demandas cognoscitivas e informaciones sobre situaciones de conflicto procedentes del mismo sistema.

– Por último, los *outputs* de las resoluciones de justicia emitidos por el sistema jurídico hacia el sistema de la socialización y de la conservación del modelo a cambio de demandas procedentes de este sistema.

b.- *M. Rehbinder: una visión realista de las funciones del Derecho.*

En su libro *Sociología del Derecho,* M. Rehbinder tomó y desarrolló la concepción realista de K. Llewellyn sobre las funciones del Derecho. El punto de partida estriba en el convencimiento de que «las transformaciones del Derecho en el Estado social conllevaron una ampliación de sus funciones que hace necesario abandonar la tradicional bipartición de la función del Derecho en organizativa y sancionatoria» (M. Rehbinder, p. 157). En el primer caso, el Derecho prescribe cuál es el comportamiento esperado por los sometidos al mismo y se habla de la función reguladora del Derecho. Si se observa el problema desde la reacción con respecto a infracciones de normas de conducta -el caso patológico-, entonces se habla de la función integradora del Derecho. Estas eran las funciones tradicionales asignadas al Derecho, pero para Llewellyn hay que modificar el panorama funcional del Derecho y estudia las siguientes:

1.- *La resolución de conflictos:* Como dice Llewellyn, el caso de conflicto constituye el test de lo que de una regla de Derecho se impone realmente en la vida social.

Desde el punto de vista del concepto de Derecho, corresponde la prioridad a la resolución de conflictos. Y esta idea de un realista americano vale tanto para sus sistema jurídico donde los jueces tienen un papel tan preponderante como a los sistemas codificados de Derecho continental, donde la actuación jurídica se programa con independencia de la intervención de los tribunales.

Con la resolución de conflictos, se trata únicamente de dar una respuesta a «los casos de enfermedad de la vida jurídica, de los hechos penalizables, de acciones no permitidas, de otro tipo de injustos o de abierta lucha de intereses». El papel del Derecho es aquí capital, pues, en los casos de conflicto, opera para evitar que estos sean demasiados y no tenga que llegarse a la disolución del grupo. De él depende la cohesión del grupo. «La resolución de conflictos sirve por tanto menos a la adquisición de la vida del grupo como, por lo general, al favorecimiento y solidificación de la misma» (Rehbinder, p. 158). Cita los mecanismo que utiliza el Derecho para lograr este objetivo. Cita la maquinaria de la justicia y los procedimientos de votación (elecciones, trabajos legislativos), también formas procesales desarrolladas en la política cuyo objetivo es la persuasión y la negociación (social, laboral), y otros mecanismos para tratar las situaciones difíciles en la vida económica y de los negocios. Son instituciones creadas para ser rápidas en la resolución de los conflictos.

En la evolución actual del Derecho, los casos patológicos de la vida social que dan lugar a la actuación de la función resolutoria ya no constituyen casos raros y extraños, límites del orden social, sino que son completamente naturales y normales. De esta forma, señala Rehbinder que los conflictos sociales sirven para que el sistema jurídico se acredite de cara a la sociedad. El Derecho vive del conflicto, de forma que logra su acreditación y se convierta en un «orden de paz».

2.- *Orientación del comportamiento.* Con anterioridad a la función anterior, el Derecho cumple una función organizativa. Según esta función, el Derecho dirige la conducta de los miembros del grupo, sus actitudes y expectativas, de tal manera que se eviten los conflictos. «Se trata, dicho con brevedad, de crear y de mantener un transcurrir de la vida regulado por un orden vivo, y en concreto primeramente (desde el punto de vista negativo), el injusto y el litigio, y por otro lado (desde un punto de vista positivo) haciendo que el comportamiento del individuo se encuentre en concordancia con el conjunto del grupo» (Rehbinder, p. 161).

Las normas de Derecho, por lo tanto, tienen como misión dirigir la conducta de los ciudadanos. Y esto lo hacen de numerosas maneras. Entre otras, cuida «de una reorientación o transformación del comportamiento, del surgimiento de nuevas costumbres y de la formación de nuevas expectativas de la conducta, que correspondan a

las condiciones cambiantes de la vida del grupo o del individuo». El Derecho trata de evitar nuevas formas de conflicto social. Con ello, se muestra que las normas jurídicas no son normas de valoración, sino que son normas de determinación, pues condicionan la conducta y el comportamiento individual mediante presión psicológica. Se trata de evitar comportamientos amenazadores para el sistema y así de limitar las tensiones del sistema.

El objetivo de esta función reguladora del Derecho estriba en dotar a la vida social de grandes dosis de seguridad jurídica. Para los destinatarios, la regulación del comportamiento es una forma de establecer seguridad social dado que es posible predecir cuáles son las acciones individuales así como sus consecuencias jurídicas. Es posible prever que el sujeto o sujetos actuarán de una forma determinada. Precisamente, según Rehbinder, el Derecho logra esta seguridad jurídica a partir de cuatro principios formales básicos que inspiran su estructura:

– La idea de reciprocidad: «principio organizativo del Derecho en la reciprocidad de las relaciones sociales, en la vinculación de los roles sociales contrapuestos». Surge en el Derecho, primero, como venganza por el daño ocasionado y, después, como un principio básico en los intercambios sociales -principio remunerativo-.

– La idea de duración del Derecho: quiere decir que la seguridad jurídica como seguridad de la conducta de las expectativas sólo puede alcanzarse si la reciprocidad del contacto social aparece asegurada para el futuro» (p. 162). El Derecho ata para y se proyecta al futuro cuando establece derechos y obligaciones entre las partes. Por ello, es también un poder de planificación que está a disposición de los hombres para configurar las relaciones sociales. Los hechos pasados aseguran el futuro.

– La idea reguladora de la definición de los roles sociales. El Derecho, en sus diferentes facetas, define los papeles y las funciones que cada uno ocupa en las relaciones sociales. Esta idea constituye un principio estructural del Estado social. Da seguridad por cuanto regula la interacción y cooperación de los miembros de la sociedad. «Solamente el crecimiento descomunal de la materia jurídica en el Estado social nos hace ver claramente cómo la persona, por medio de la adscripción de diferentes papeles sociales que la hace portadora de ellos, 'se socializa', o sea, se transforma en un elemento integrado de las organizaciones sociales» (p. 163).

– La idea del equilibrio de intereses: tiene por objeto regular «la función directora del Derecho en la limitación de la arbitrariedad de los socialmente poderosos». Pues, ciertamente, «el reconocimiento de los derechos subjetivos significa la apertura de una fuente de poder para los menos poderosos desde el punto de vista

político y social». El Derecho tiene formas y mecanismos para discriminar positivamente a los menos aventajados y lograr así un equilibrio de intereses imponiendo una igualdad en la diferenciación social.

3.- *La legitimación y la organización del poder social.* Con esta tercera función, el Derecho sirve para distribuir el poder autoritario de decisión, al mismo tiempo que establecer las correspondientes formas procesales, cuyo cumplimiento garantiza la autoridad de quienes gobiernan, deciden las leyes o las aplican. «El Derecho determina, por tanto, una instancia que ha de decidir en los casos de conflicto. Para ello esa instancia tiene que observar determinadas reglas de la formación y exteriorización de la voluntad, con el fin de que su decisión sea reconocida como obligación (legítima)». Se pone el acento, con este enfoque, que, junto con otras reglas, el Derecho está compuesto por reglas de competencia y reglas procesales. El Derecho establece los canales, requisitos y procedimientos para determinar qué personas deben detentar los aparatos del poder, qué competencias tienen y cómo deben ejercerlas. A través de esta organización del poder social, las normas jurídicas se constituyen en un potente mecanismo de legitimación de dicho poder. «Amplias partes del Derecho tienen hoy día la función de regular la estructura interna del aparato jurídico y de conseguir su eficacia práctica por medio de la legitimación entre los miembros de la comunidad jurídica. Es el Derecho del Estado de Derecho en sentido específico» (p. 166).

4.- *La configuración de las condiciones de vida.* Por medio de la actividad organizativa y directiva del Derecho, se procura además un impulso positivo para la sociedad y logra una mayor integración del grupo. Para ello, el Derecho establece tanto sanciones negativas, esto es, penas y prohibiciones, como sanciones positivas, esto es, por medio de premios y gratificaciones, que influyen decisivamente en la vida social favorecedoras de la integración de sus miembros. «Normas jurídicas de este tipo, en lugar de controlar, configuran» la organización social. «Su finalidad no es la observancia de lo tradicional, sino el aliciente para la iniciativa creadora».

El Derecho configura las condiciones de la vida social y, con ello, dentro de sus funciones realiza una labor positiva condicionando los comportamientos individuales sin la amenaza del castigo. Dentro de estas normas se encuentran, muchas de las que componen el Derecho social, el Derecho fiscal y otras similares.

5.- *El cuidado del Derecho.* «En el caso del cuidado del Derecho se trata de la construcción y aplicación de ciertas técnicas y artes especializadas en el tratamiento del Derecho, con el fin de que éste pueda cumplir sus funciones. Se trata de que hacer lo posible para que el Derecho cumpla las funciones asignadas. Promueve la actuación correcta de quienes componen el staff jurídico, es decir, el conjunto de operado-

res jurídicos -jueces, abogados, funcionarios públicos y un largo etcétera-, y tiene por objeto perfilar la técnica jurídica, de pulir los instrumentos jurídicos que luego se utilizarán para la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, y para su adaptación a las nuevas necesidades sociales.

c.- *V. Ferrari: el análisis subjetivo de las funciones del Derecho.*

Siguiendo la vía abierta por N. Bobbio dentro de la filosofía jurídica italiana, V. Ferrari ha estudiado en profundidad las funciones del Derecho. Propone en su libro *Funciones del Derecho,* como dice R. Treves, «una interesante solución al problema del análisis funcional del Derecho que Bobbio considera está por hacer» y «retomando elementos ya presentes en escritos del propio Bobbio, muestra aún mejor la diferencia entre este problema y el problema del funcionalismo, o sea de la concepción funcionalista de la sociedad». Separa, como ya vimos antes, lo que es análisis funcional del Derecho, que constituye un método de estudio del Derecho, y de las ciencias sociales, «sin incurrir en apriorismos cognoscitivos»; y el funcionalismo, que es una filosofía, una forma de entender y explicar la sociedad y, como tal, repleta de aprioris y una apología del orden social, que luego es aplicada al estudio del Derecho.

Entiende, por ello mismo, que el concepto de «función» es el apropiado para un estudio sociológico del Derecho, mientras que el concepto de «causa» lo es para un estudio dogmático del Derecho. Pero, la idea de función es un elemento variable y un concepto multiforme en la sociología. Por ello, acepta una concepción y «un modelo relativista y subjetivista del análisis funcional que pone en estrecha relación el concepto de 'función' de un elemento con los objetivos atribuidos con carácter primario a ese elemento por parte de los sujetos capacitados para utilizarlos en orden a influir en las relaciones sociales» (Ferrari, p. 110).

Pues bien, aplicándose al estudio de las funciones del Derecho, considera que, especialmente, tres son las más importantes y las más destacadas por los autores: la función de orientación social, la función de tratamiento de los conflictos declarados y la función de legitimación del poder. Junto a ellas existen numerosas funciones secundarias igualmente de interés. Veamos una breve explicación de cada una.

1.- Orientación social. La función de orientación social del Derecho, según Ferrari, deriva del concepto previo de que las normas jurídicas son reglas persuasivas del comportamiento individual, que su objetivo es convencer a los sujetos de la obediencia a las prescripciones jurídicas y disuadir al desobediente de su actitud. En efecto, esta función representa a la vez una especificación y una ampliación de la naturaleza esencialmente reguladora, propia de las normas jurídicas. Es una especificación

reguladora en el sentido lógico: «la posibilidad de utilizar el Derecho en su función orientadora deriva de su carácter regulativo». Pero también explica el sentido sociológico del Derecho porque así es posible definirlo no ya como una regla, sino como un complejo de reglas, generales e institucionales. De esta forma, es posible dirigir a una multitud de modelos relativamente coherentes y universales al poder sugerir determinadas decisiones y dirigir las acciones de los individuos. «El Derecho no es simplemente una regla, sino orientación general de la conducta a través de la influencia ejercida recíprocamente por los miembros del grupo». Para ello, utiliza «modelos de conducta», más o menos tipificados socialmente, aunque coordinados o coordinables institucionalmente (p. 133).

Ferrari destaca la coherencia de los modelos normativos del Derecho como forma de orientar la conducta individual sin, por ello, pretender caer en el equívoco de negar la existencia de antinomias o contradicciones en el ordenamiento jurídico. Y del mismo modo cuando habla de universalidad de los modelos normativos tampoco pretende negar que el ordenamiento jurídico sea completo, que no presente lagunas.

Si el Derecho es capaz de orientar nuestra conducta, esto es así por cuanto constituye un medio eficaz de comunicación a través de su naturaleza simbólica. Porque, en principio, las normas jurídicas emiten «mensajes» a los ciudadanos invitando a que éstos realicen la respuesta deseada, esto es, la acción prescrita. Y «el que los mensajes normativos jurídicos sean instrumento de comunicación social significa primariamente que los individuos a quienes alcanzan utilizan tales mensajes como criterio de previsión de las reacciones que suscitará su comportamiento» (p. 141). La interacción social está así influida directamente por los mensajes normativos.

La concepción de Ferrari, aun insertándose en las nuevas concepciones sobre el Derecho, no deja de ser audaz porque lo acaba reduciendo a un proceso comunicativo, lejano así de las viejas teorías normativistas. De esta forma, destaca cómo la obediencia al Derecho y la eficacia de su capacidad orientadora responde a complejos procesos de socialización y un aprendizaje realizado a través de las etapas de la vida de cada individuo. Pero, al mismo tiempo señala cómo muchas de las deficiencias, de las disfunciones, del Derecho obedecen a problemas derivados de la deformación del mensaje jurídico que desinforma a los destinatarios, que, además, crea un Derecho deformado, es decir, un Derecho cuya comprensión es diferente por cada operador jurídico -el legislador, el abogado, el juez, el funcionario, el sujeto normal-. Y que muchos de los problemas del Derecho proceden de que son mensajes adulterados en su propio origen.

2.- *Tratamiento de conflictos declarados.* La interacción de individuos en la sociedad conduce inexorablemente a la aparición de diferencias de intereses, tensio-

nes y, en el grado último, de conflictos. Pues bien, siguiendo la línea clásica de las funciones del Derecho, Ferrari entiende que la normas jurídicas tienen por objeto encarrilar esos conflictos para encontrar finalmente una respuesta que los mitigue, sólo que su visión dista bastante de las conclusiones de los autores más representativos. En principio, es objetivo del Derecho reconducir dichos conflictos por la vía jurídica para que sean resueltos de acuerdo a sus modelos o esquemas normativos. Se emplean dichos modelos no sólo para orientar los comportamientos individuales, sino también para la resolución de las tensiones surgidas en el seno de la sociedad. Pero, la concepción de Ferrari se completa con otras sugerencias realmente interesantes y que le separan de las visiones tradicionales.

Lo primero que hay que destacar es que, a diferencia de otros autores, no habla de «solución» o «arreglo» de los conflictos, sino de «tratamiento» y la cuestión no es meramente nominativa. En principio, está de acuerdo que con esta función se está aclarando que el Derecho actúa «ex post», una vez el conflicto se ha producido en la sociedad. Esta actuación *a posteriori* distingue esta función de la anterior que siempre actúa «ex ante», siempre procura persuadir de la realización de una conducta en el acto mismo de la decisión. Pero, lo que quiere ilustrar este autor, es que, a pesar que el Derecho ponga en marcha su maquinaria una vez realizada una acción, ello no quiere decir que el resultado sea feliz, es decir, que siempre resuelva con éxito los conflictos planteados en la instancia jurídica. No es así y la realidad judicial es un claro ejemplo de esta tesis, aunque hay otros procedimientos -laborales, políticos- que también tengan por objeto la misma función. Por eso, habla de que el Derecho sólo «trata» los conflictos. Porque no siempre los resuelve felizmente. Es más, el Derecho sólo trata aquellos conflictos que son «declarados». No todos los conflictos, sino sólo aquellas disputas o pretensiones incompatibles entre sí que se han hecho públicas.

En esta línea, por tanto, «el Derecho actúa como medio de tratamiento de los conflictos ofreciendo o imponiendo reglas, es decir, modelos de comportamientos inherentes a la decisión que sugiere el conflicto y a las modalidades en que puede ser adoptada dicha decisión» (p. 168).

Pero, además, con su nuevo concepto Ferrari pretende resaltar un elemento destacado de esta función: la capacidad disgregadora del Derecho. En efecto, que el Derecho, al tratar los conflictos, no sólo no los resuelve con el objeto de integrar y lograr una mayor cohesión del grupo social, como pretendía el funcionalismo, sino que, en ocasiones, puede ser un elemento disgregador del orden social. Ya la misma publicidad del conflicto declarado es un exponente de la tendencia disolutoria de las normas jurídicas. Pero, muchas veces, las consecuencias de las actuaciones judiciales

y de la participación de las partes litigantes en el proceso es también disgregadora. Desde la visión jurídica, el Derecho pretende dirimir, resolver y eliminar las disputas y las mitiga encauzándolas por la vía jurídica y, como tal, les da un solución jurídica aparentemente clausurándolos. Pero, a los ojos del sociólogo, la realidad es bien distinta: la decisión judicial no es otra cosa que *un acontecimiento que contribuye a producir otros*. Pretende resolver jurídicamente un conflicto que socialmente aún pervive. No es un hecho resolutivo, sino que sencillamente ha habido un cambio de situación. De hecho que la nueva situación sea la pacificación real del litigio, en realidad, no es más que una eventualidad empírica. Es más, tomando una interesante idea de N. Luhmann, resulta que el Derecho no sólo resuelve los conflictos, sino que, en ocasiones, los hace posible, los impulsa o los produce. Lo mismo que alienta expectativas sobre conductas futuras de acuerdo con esos modelos de conducta, también provoca expectativas sobre posibles pretensiones que pueden lograrse si se utilizan las vías judiciales.

3.- *Legitimación del poder.* El Derecho busca la legitimación del poder establecido a través de la adhesión de los ciudadanos. «Legitimar una acción mediante el Derecho significa justificarla exhibiendo su adhesión a un modelo normativo reconocible». Con ello, se trata de lograr el consenso entre los ciudadanos procurando la actuación conforme a los modelos que se recogen en las normas jurídicas y esgrimiendo para ello las posibles ventajas que le puede acarrear su obediencia.

Con anterioridad, Ferrari ha defendido que las reglas de Derecho son reglas persuasivas que logran su objetivo a través de un proceso comunicativo. De esta forma, la función de legitimación del Derecho lo que viene a decir es que las normas jurídicas son un factor de convicción que pretende lograr el consenso de terceros, del auditorio formado por los individuos. Para ello, goza de una especial autoridad, del prestigio que goza todo modelo o aparato normativo.

Estas tres son las funciones principales del Derecho que Ferrari describe siguiendo su método relativista y subjetivista, pero no son las únicas. En realidad, cualquier objetivo personal que pueda lograrse a través de la utilización de las normas jurídicas puede dar lugar a una función secundaria. De hecho, toda norma de Derecho es susceptible de ser utilizada por los individuos actuantes. Ferrari destaca, entre otras: una función distributiva, f. organizativa, f. educativa, f. integradora, f. represiva y f. promocional.

Las Funciones del Derecho

Una Tipología

* H. C. Bredemeier (= T. Parsons):
  - Función primaria = función de integración
  - Funciones secundarias=
    - Legitimación del sistema
    - Interpretación de las normas
    - Establecimiento de sanciones
    - Jurisdicción

* M. Rehbinder (= K. Llewellyn):
  - Resolución de conflictos
  - Orientación de comportamientos
  - Legitimación y organización del poder social
  - Configuración de las condiciones de vida
  - Cuidado del Derecho.

* V. Ferrari:
  - Funciones primarias:
    - Orientación social
    - Tratamiento de conflictos declarados
    - Legitimación del poder
  - Funciones secundarias:
    - F. distributiva
    - F. organizativa
    - F. educativa
    - F. integradora
    - F. represiva y promocional

3.4.- El Derecho como sistema de control social.

La idea de que el Derecho es un sistema de control social ha sido una de las obsesiones más destacadas de la sociología funcionalista y a cuya clarificación han dedicado más esfuerzos. Sin embargo, en absoluto, se ha logrado un acuerdo sobre el significado mismo del término «control social», que, en verdad, adolece de serias ambigüedades que, a la postre, condicionan su comprensión y su proyección al fenómeno jurídico. En este sentido, no le falta razón a Atienza cuando señala los siguientes elementos determinantes del concepto de control social y su aplicación al Derecho (Atienza, p. 61 y ss.):

1.- La primera dificultad deriva del diferente uso dado por los funcionalistas americanos al término (social control) y su traslado al castellano. Así, en castellano, parece tener el doble significado de dirigir y de supervisar algo (la conducta). En este sentido, la idea de control hunde sus raíces en las nuevas tecnologías de la informática. Como en los ordenadores, en el sistema social existiría, entonces, un órgano de control que no sólo supervisa, sino que también guía y dirige el funcionamiento correcto de todo el sistema. Cuando se habla de supervisar se hace referencia a la actitud pasiva, en principio, de vigilar, mientras que las facultades directivas implican una actividad que impulse y dinamice el sistema.

De esta forma, el Derecho es un sistema de control social en cuanto que supervisa el funcionamiento de las otras instituciones sociales, manteniendo el sistema social aceitado y resolviendo los conflictos (restaurando así el equilibrio social). Por otro lado, también quiere hacerse referencia a que el Derecho cumple una función de dirección y de guía de las conductas: el Derecho no es sólo un mecanismo de integración, sino también de regulación. Claro que ambos sentidos son difícilmente separables. Como los otros sistema normativos de control social, el Derecho integra y regula el comportamiento de los miembros de una sociedad. Precisamente estas aclaraciones pueden servir también para explicar la distinta función del Derecho con el paso del Estado liberal, donde su función era supervisar el funcionamiento de la sociedad, al Estado social, donde, por el contrario, se le exige que cumpla con una función de dirección.

2.- Otra dificultad del término «control social» deriva de que la actividad del control parece tener por objeto la conducta en general de los miembros de la sociedad. Claro que en este caso el Derecho realiza esta función junto con otros mecanismos normativos -moral, usos, religión- existentes en la sociedad. En este sentido, el control social realizado por el Derecho no es sino una pieza más de los fenómenos que conducen a la integración social de todos sus miembros. Pero el proceso es más

complejo del que, a primera vista, pudiera parecer. En efecto, la integración comienza con el proceso de socialización (familia y educación) en el que el individuo aprende las pautas de comportamiento (normas y valores) de la sociedad y las hace suyas, las interioriza. Como no siempre el proceso de socialización es suficiente, «se hace preciso (en las sociedades con un cierto grado de complejidad) que existan también unas instancias formales de control social (el Derecho) que deben actuar en el supuesto de que el comportamiento de los individuos (o grupos) no se adecue o sea conforme a las normas establecidas, sino que se desvíe de ellas. Aparece así el fenómeno de la desviación en relación del comportamiento que se aparta de las normas que la sociedad considera como más importantes y frente a las cuales debe reaccionar». En principio, por «desviación» debemos entender todo comportamiento que *no es conforme,* que se separa de las pautas y valores que rigen en una sociedad y que han sido objeto de socialización. En estos casos, lo que queda en evidencia es el fracaso mismo del proceso de socialización que debía llevar a que los individuos actuaran conforme a esas pautas y valores sociales. Con todo, no todo comportamiento diferente del regulado por dichas normas es un comportamiento desviado. La sociedad tolera diversas *variaciones* en el comportamiento de sus miembros que no considera como actos de desviación. No los considera preocupantes para el orden social. Pues bien, el Derecho es el recurso último que tiene la sociedad para integrar mediante sus medios coercitivos a aquellos sujetos que realizan conductas desviadas -delictivas- que pueden hacer peligrar el sistema social. Es en este sentido que puede afirmarse que el Derecho es un sistema de control social. Pero, con una salvedad importante, positiva. «En la medida que el Derecho presupone el fenómeno de la socialización (aunque también influye en él) puede entenderse mejor la existencia del consenso que necesariamente acompaña al Derecho: una parte importante, o, al menos, significativa, de las normas de un sistema jurídico no son otra cosa que la institucionalización de pautas que el sujeto ya 'aprendió' en su proceso de socialización».

3.- En tercer lugar, otra confusión en el problema que nos ocupa deriva del hecho de que cuando hablamos del Derecho como sistema de control social puede que nos estemos refiriendo tanto a los *fines* del Derecho como a que puede considerarse como un *medio* para conseguir determinados objetivos. Dos términos interrelacionados que, a veces, no son sino las dos caras de la misma moneda y que, por ello, son motivo de confusiones. Las funciones (fines) que se asignan al Derecho implica que éste, además, deba considerarse como una técnica para lograr su objetivo. Así, es una técnica para reprimir, vigilar y promover. Y con ello se logran otros fines -el orden, la garantía, la libertad-, con lo que el Derecho se convierte, entonces, en un medio. Pero, hay que separar también la definición de los fines de las técnicas que pueden utilizarse. La técnica represiva no es la única que cabe usar para lograr el

mantenimiento del orden, vigilar no es la única manera de garantizar los derechos y libertades, y promocionar comportamientos no es la única manera de promover la autorrealización del hombre.

Para terminar, desde la perspectiva del control social, resulta que el fin del Derecho debe ser el de aumentar al máximo las conductas lícitas, deseadas, y disminuir las indeseadas (desviación); por otro lado, el Derecho puede actuar *a priori* o *a posteriori*, es decir, puede anticiparse o bien esperar a que se produzcan esas conductas. En resumidas cuentas, el Derecho puede teóricamente operar sobre la vida social por estas cuatro maneras: previniendo, reprimiendo, promocionando y premiando la conducta.

3.5.- Derecho y cambio social.

El Derecho y la legislación actual se ha transformado radicalmente si lo comparamos con el existente en épocas pasadas. Hoy se usa habitualmente el Derecho del Estado para planificar o estructurar grandes organizaciones e instituciones sociales, todo tipo de actividades que conciernen a los individuos. Con el Derecho, se constituyen grandes empresas, se llevan a cabo revoluciones pacíficas en las relaciones sociales, incluso, se cambian, se modifican o se fomentan actitudes y creencias sociales. «La moderna idea del Derecho como instrumento de planificación a gran escala de la vida social y económica, apenas podría haber sido tomada en serio cuando el Estado era menos poderoso, tenía menores facilidades tecnológicas para vigilar y controlar, y menos posibilidad de contar con vastas redes de comunicación controladas a través de los medios de comunicación social» (Cotterrell, p.53). Por consiguiente, como nunca antes es posible hablar de un Derecho *que actúa* sobre la sociedad, más que un Derecho como aspecto de ella. Precisamente, este hecho permite considerarlo como sistema autónomo respecto a la sociedad, como un conjunto de mecanismos, de técnicas en manos del gobierno para crear, modificar o suprimir instituciones estatales dotándoles de competencias, financiación, personal y todo lo necesario.

La influencia del Derecho en el cambio social es, por ello, una cuestión de actualidad dada la potencialidad que subyace a los mecanismos jurídicos puestos en manos del poder ejecutivo. De hecho, para la generalidad de ciudadanos e, incluso, para el conjunto de operadores jurídicos, la legislación y las normas jurídicas en general aparecen «como una regulación puramente técnica» separada de los usos y costumbres que conforman la moral y la conciencia social.

Pero, el problema de las relaciones entre el Derecho y el cambio social obtuvo también respuestas clásicas. F. von Savigny y la Escuela Histórica del Derecho ya esbozó la tesis de que el Derecho debe seguir, y no guiar, el cambio, y que debe hacerlo con lentitud, como respuesta a un sentimiento social formulado claramente. Una perspectiva diferente fue esgrimida por J. Bentham y el utilitarismo inglés en el sentido de que el Derecho debe ser un agente activo en la creación y reforma de las costumbres sociales; debe ser un elemento impulsos y transformador de la vida social. Por supuesto, ya en el siglo XX, tanto funcionalistas como conflictualistas han tomado postura en la discusión. Los primeros ponen de manifiesto su incapacidad para entender la cuestión del cambio social dada su dependencia ideológica del presupuesto del equilibrio social, de las tendencias conservadoras e integradoras que priman en la sociedad. Para los segundos, el Derecho es un «obstáculo» para el cambio social; no lo promueve, sino que los refleja (Atienza, p. 77).

Con todo, el concepto de «cambio social» es ya de por sí problemático dada la gran variedad y la ambigüedad de las definiciones que suelen plantear las diferentes teorías. Suele definirse en la discusión sobre los efectos sociales de las normas jurídicas como «cualquier alteración no repetitiva en los modos de conducta establecidos en una sociedad» (L. Friedman y J. Landinsky). Es no repetitiva para diferenciar el cambio social de la costumbre o los usos sociales. Al mismo tiempo, no cualquier cambio es cambio social. Desde luego, no lo son las innovaciones tecnológicas, ni el crecimiento o las crisis económicas. Para que haya cambio social es necesario que se produzca una transformación de la estructura social -pautas de relaciones, normas y roles.

Junto a este rasgo que el cambio social debe afectar a la estructura social, se insiste en que los cambios sociales pueden tener diferentes niveles y órdenes, distinta proporción, magnitud e incluso finalidades. Sobre estas cuestiones existe una extensa bibliografía que ilustra cómo los cambio pueden oscilar desde las transformaciones crecientes, globales, hasta las revolucionarias. Igualmente, también se distingue según si afecta a un individuo, a grupos o a colectividades más amplias, a la sociedad en su totalidad.

Precisamente, el Derecho tiene un importante papel como impulsor de cambios sociales. Porque la legislación es un instrumento del poder político, éste puede utilizarlo para inducir profundos cambios en los papeles y pautas sociales. Se suele aclarar que en el desarrollo de esta función ha tenido un importante papel la aparición de las formas escritas del Derecho junto con su instrumentalización por parte del poder político. Además, han confluido otras circunstancias también importantes: la creciente acumulación del poder estatal, profesionalización del trabajo jurídico, institucionalización de los procesos, desarrollo de eficientes cuerpos legislativos. Con ello, se ha llegado al convencimiento de que «dadas una determinada voluntad y pericia, y una

cuidadosa selección de las estrategias más apropiadas, el Derecho puede hacer cualquier cosa y siempre para moldear las sociedades de acuerdo con los deseos del legislador» (Cotterrell, p. 56).

En la discusión sobre la relación entre el Derecho y el cambio social, la literatura suele extenderse especialmente sobre los efectos de la legislación sobre la sociedad. Se da por supuesto que, en el caso contrario, el Derecho siempre debe reflejar las transformaciones sociales cuando no siempre está tan claro. A menudo el ajuste entre Derecho-sociedad es difícil y se dilata en el tiempo. No siempre el Derecho responde con celeridad a las necesidades sociales. Piénsese, por ejemplo, en lo que cuesta que la legislación regule las consecuencias derivadas de las innovaciones tecnológicas. Ya lo fue en su día con la aparición de los automóviles, pero ahora es cada vez más acuciante resolver problemas derivados de la informática o de los descubrimientos de la medicina aplicados a cuestiones como la inseminación artificial a personas estériles o ancianas, por citar un ejemplo de la actualidad.

Por otra parte, el Derecho, como ilustró K. Renner, puede adaptarse a las nuevas situaciones sociales sin que se plasme en un cambio real de la legislación, sin necesidad de que se cambien los conceptos e instituciones jurídicas. La regulación del derecho de propiedad o de los contratos se realizó en el siglo pasado; desde entonces, las circunstancias originales que dieron lugar a esa legislación se han trastocado radicalmente y, sin embargo, apenas las normas que los regulan. «El Derecho puede adaptarse a las cambiantes circunstancias sociales, sin cambiar necesariamente su forma o estructura; los conceptos jurídicos pueden permanecer en la misma forma, aun cuando cambien fundamentalmente sus funciones sociales» (Cotterrell, p. 57). Resulta así que muchas normas, sobre todo las de las ramas tradicionales, han permanecido invariables mientras la sociedad cambiaba radicalmente sin que, por ello, hayan caído en desuso.

Al tratar la cuestión de cómo contribuye el Derecho a transformar la sociedad, se ha llegado al convencimiento de que la capacidad de la legislación para introducir cambios es, más bien, limitada. Los límites a la capacidad transformadora del Derecho deriva de que muchas de las normas aprobadas por el Estado nacen ya muertas, nacen destinada a ser ineficaces, a que no sean obedecidas por los ciudadanos. En su día, R. Pound, en un artículo titulado «Los límites de una acción legal efectiva» (1917) señaló algunas ideas generales sobre cuáles son los límites a la acción del Derecho: 1.- que el Derecho sólo regula la conducta y los comportamientos individuales y no penetra en las creencias para transformarlas. 2.- que existen intereses y pretensiones que no pueden ser regulados por el Derecho, que no puede reconocerlos, pese a que sería deseable. 3.- la dependencia de la legislación de organizaciones estatales externas al Derecho dada su instrumentalización política.

¿Cuáles son, entonces, los mecanismos para que pueda existir un cambio legal efectivo, para promover el cambio social? Ejemplos históricos sobre la eficacia de las normas jurídicas han mostrado que la capacidad del cambio depende, en ocasiones, de la naturaleza de las organizaciones ejecutivas, del compromiso de los agentes de ejecución, de su moral, y, sobre todo, de la cantidad de recursos disponibles para asegurar su cumplimiento. Junto a ello, la capacidad coercitiva de los aparatos estatales así como de las estrategias persuasivas desplegadas para la adhesión de los ciudadanos. También penalizando -la poligamia-, o despenalizando ciertas conductas -adulterio, aborto, homosexualidad-. Estos son regulaciones jurídicas que influyen directamente en los cambios sociales. Pero el Derecho puede también promocionar la transformación social por medios indirectos. Por ejemplo, a través de instituciones reguladas por normas jurídicas y que pueden modificar las pautas y roles de los ciudadanos. Es el caso de la educación. Igualmente, a través de la creación de deberes jurídicos que favorecen cambios sociales. A través del reconocimiento de ciertos derechos y libertades, como la libertad de expresión o el derecho de asociación. O también cuando se crean organizaciones especializadas específicamente para promover esos cambios. Finalmente, cuando, como se está viendo en la actualidad en los países del Este y en otros del Tercer Mundo, el Estado actúa con medios jurídicos para modernizar las costumbres tradicionales o instaurar el sistema de economía de libre mercado donde no existía con anterioridad.

Por otro lado, se han realizado exhaustivos estudios para determinar qué condiciones deben darse para que la acción del Derecho sea realmente efectiva, para que influya en la conducta de las personas. W.M. Evan ha especificado las siguientes condiciones: 1.- La nueva legislación debe estar dotada de autoridad y prestigio. 2.- Debe armonizar su racionalidad con los principios culturales, jurídicos y sociales de la sociedad. 3.- Deber establecer modelos pragmáticos de conducta, no utópicos. 4.- Debe tener presente el elemento tiempo en la transición de un estado a otro; cuanto más corto sea, más sencilla será la transición. 5.- Los organismo ejecutivos deben comprometerse activamente con los cambios deseados. 6.- Un cambio social será más efectivo si va acompañado de «sanciones positivas», de premios o recompensas que incentiven su cumplimiento. 7.- Será más eficaz si protege los derechos de quienes pueden verse perjudicados en el caso de violación o infracción de la nueva regulación establecida (Cotterrell, p. 62 y ss.).

Bibliografía.-

ATIENZA, M., *Introducción al Derecho,* Barcelona, Barcanova, 1985, pp. 53-87.

BOBBIO, N., «El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas», en *Contribución a la Teoría del Derecho,* Valencia, Fernando Torres-Editor SA, 1980, pp. 263-287.

CALVO, M., *Teoría del Derecho,* Madrid, Tecnos, 1992, pp. 38-44.

COTTERRELL, R., *Introducción a la Sociología del Derecho,* Barcelona, Ariel, 1991, pp. 53-70 y 71-92.

FERRARI, V., *Funciones del Derecho,* Madrid, Debate, 1989.

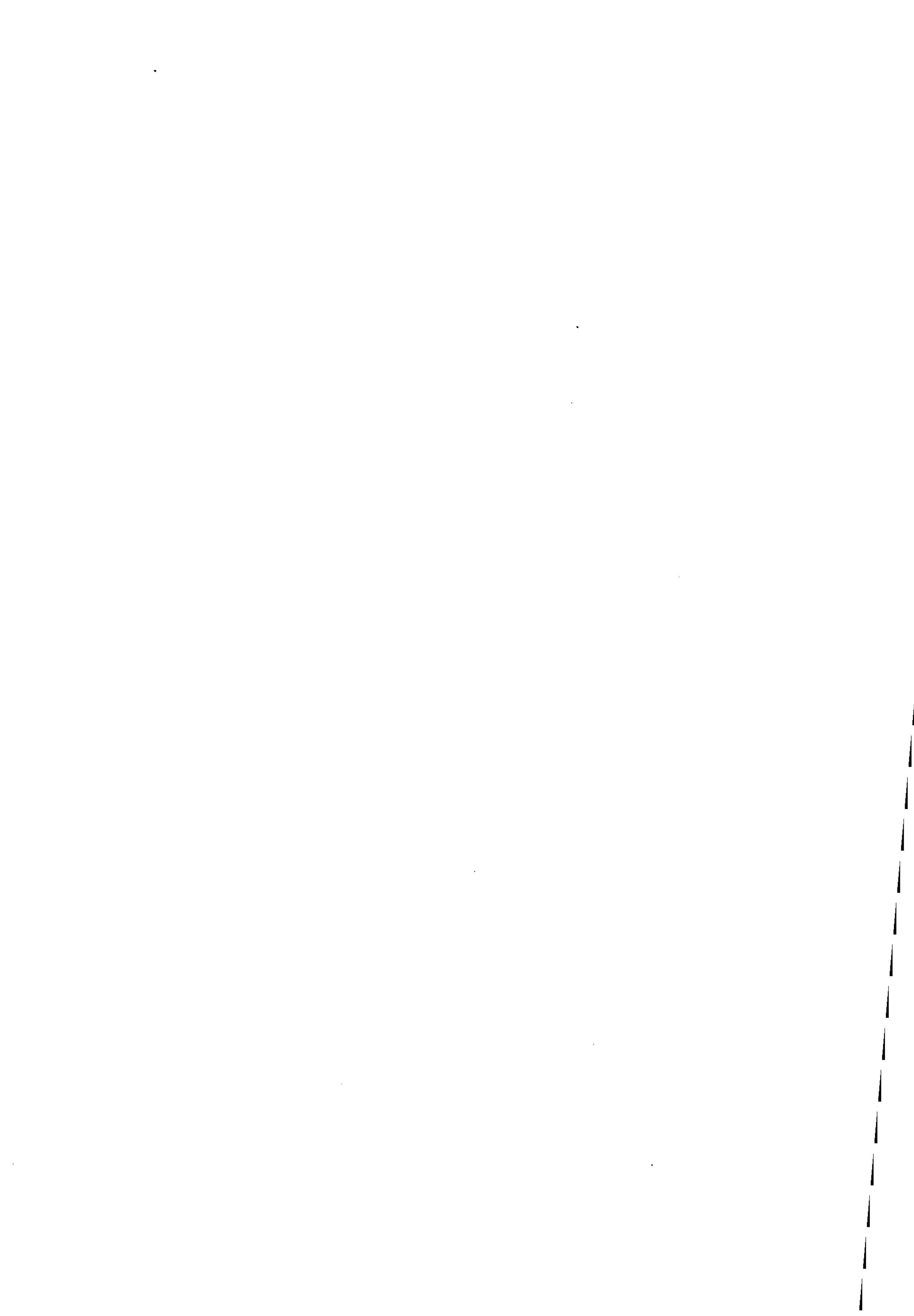
LUCAS, J. de, y otros, *Lecciones de Introducción al Derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 95-112.

LUMIA, G. *Principios de Teoría e Ideología del Derecho,* Madrid, Debate, 1989, pp. 9-18.

REHBINDER, M., *Sociología del Derecho,* Madrid, Pirámide, 1981, pp. 155-170

RECASÉNS SICHÉS, L., *Introducción al Estudio del Derecho,* México, Edit. Porrúa, 1990, pp. 111-120.

TREVES, R., *La Sociología del Derecho,* Barcelona, Ariel, 1988, pp. 203-222.



III PARTE

TEORIA GENERAL DEL DERECHO

Cuarta Lección

LA NORMA JURIDICA

Con todo lo que se ha explicado hasta ahora sobre el fenómeno jurídico quedan todavía un sinfín de cuestiones de sumo interés para lograr un comprensión cabal del Derecho. Sin duda, se han tratado aspectos importantes que nos ha permitido mostrar las relaciones entre el Derecho y otros órdenes normativos de la sociedad como la moral y los usos sociales. Y también hemos tenido la oportunidad de tratar, aunque sea muy superficialmente, otros aspectos relacionados con la dimensión sociológica del Derecho en la medida que es difícil un reflexión global sobre el mismo sin tener presente el contexto social en el cual se inserta. Toca ahora prestar atención a los aspectos lógico-formales.

En efecto, una parte importante del fenómeno jurídico es la compuesta por los aspectos normativos del Derecho, esto es, el estudio de sus elementos, de sus características y de su estructura, empezando por lo más simple hasta lograr una imagen completa y sistemática del mismo. Todo ello en el sentido propuesto por Bobbio respecto a la cara normativa del Derecho: «Con esto entiendo que el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un sistema de normas, o reglas de conducta. Partimos, por tanto, de una afirmación general de este tipo: *la experiencia jurídica es una experiencia normativa* « (Teoría General del Derecho, p. 15).

Pero, el hecho de optar por esta perspectiva tiene implicaciones que deben destacarse. Sobre todo, estudiar los aspectos *normativos* del Derecho implica estudiar el fenómeno jurídico con independencia de su contenido; estudiar al Derecho, en defini-

tiva, en la medida que es, por encima de todo, un conjunto de normas y que, al margen de su regulación expresa, pueden explicarse muchos de sus rasgos con la sola referencia a los problemas estructurales. Precisamente, estos son los que van a ser objeto de estudio en la sección que ahora se inicia. Con tal objeto, en primer lugar, se estudian las cuestiones estructurales de una norma jurídica individualizada y, a continuación, en cuanto se ensambla con otras similares para formar un ordenamiento jurídico, con sus principios y sus relaciones estructurales. Finalmente, se estudian los problemas relativos a la aplicación del Derecho, la interpretación de las normas jurídicas y la decisión jurídica.

4.1.- La norma jurídica como proposición prescriptiva.

Comúnmente, cuando se inicia el estudio de la norma jurídica se pone el énfasis en los aspectos lógico-lingüísticos de la cuestión. En efecto, en la actualidad, todo estudio relativo a la norma jurídica empieza por destacar que, en todos los casos, las normas se manifiestan en leyes, Códigos y todo tipo de textos escritos y que, a la postre, se manifiestan a través del lenguajes y de los usos característicos del mismo. En definitiva, un estudio de la estructura lógica del Derecho debe partir siempre de la realidad de que los mandatos jurídicos se expresan a través de proposiciones lingüísticas y que, pese a todo, éstas tienen unas características y unos rasgos que le son propios. Se dice que las normas jurídicas son *proposiciones prescriptivas* en la medida en que tienen una estructura y una articulación interna propia de una prescripción. Pero, vayamos por partes.

Como dice Lumia, «la norma jurídica -se trate del artículo de una ley, del fallo de una sentencia o de la cláusula de un contrato- se presenta, desde la perspectiva lingüístico-formal, como una proposición, es decir, como una secuencia de palabras dotadas de significado» (p. 28). Por «proposición» quiere decirse el significado común que tiene un conjunto de palabras. Lo que se diferencia del «enunciado» que se refiere a la forma gramatical y lingüística con la que se expresa ese significado. Como puede imaginarse, puede haber muchos enunciados para un mismo significado, pues «una misma proposición puede ser expresada con diversos enunciados cuando cambia la forma gramatical». Y esto puede suceder en la misma lengua, cuando cambia el conjunto de signos y palabras, con los que expresamos un mismo significado, o cambia también cuando se traduce a otro idioma. Por ejemplo, «Llueve», «Piove», «It is raining», y lo mismo en otros idiomas. Con ello, se pone de relevancia que una mera suma de palabras una detrás de otra sin más conjunción, y lo mismo unas palabras unidas sin un significado claro, no es una proposición.

Respecto al problema que nos concierne, la norma jurídica, como dice Bobbio, «cuando decimos que una norma jurídica es una proposición, queremos significar que es un conjunto de palabras que tiene un significado. Con fundamento en lo que hemos dicho atrás, la misma proposición normativa, se puede formular con diferentes enunciados. Lo que interesa al jurista, cuando interpreta una ley, es su significado» (p. 57).

Pero, especificando algo más, suele afirmarse que las normas jurídicas son siempre proposiciones prescriptivas, es decir, un conjunto de palabras con significado prescriptivo. Con ello, se está concretando aún más un aspecto importante de la estructura de las normas jurídicas. Para explicar esta identificación suele tenerse presente que los usos o funciones habituales del lenguaje son tres: función descriptiva o informativa, función expresiva o emotiva y función prescriptiva o directiva. Aunque no siempre es fácil encontrar proposiciones de esos tipos en estado puro, se diferencian unos de otros por la función que cumplen en el habla normal:

a.- *Proposiciones descriptivas o informativas, o asertóricas.* Son aquellas que son utilizadas para suministrar un tipo de información con la que se trata de describir un estado de cosas o unos hechos. O sea, se utilizan para informar o describir hechos que suceden en la naturaleza física y, de ahí, que su uso suele ser propio de las ciencias experimentales. Es el caso de afirmaciones como «está lloviendo», «Juan es alto», o similares. «La característica más relevante de estos usos del lenguaje ... es que pueden contrastarse con la realidad, esto es, las afirmaciones o negaciones que configuran la descripción pueden contrastarse con los hechos o estados de cosas a los cuales se refiere» (Calvo, p. 47). Tienen un referente empírico, la posibilidad de verificar lo que se ha descrito, y, en consecuencia, puede decirse si la proposición es *verdadera* o *falsa.* En este sentido, puede decirse si ahora «está lloviendo» en la medida en que puede comprobarse en ese momento si llueve o no.

b.- *Proposiciones expresivas o emotivas, o valorativas o apreciativas.* Por el contrario, con estas proposiciones, se trata de expresar o comunicar un estado de ánimo. Se expresan sentimientos y emociones. «Hay ocasiones en las que al expresar sentimientos no se trata de describirlos o de proporcionar una información que se limite a constatar su existencia. En muchos casos, se usa el lenguaje para exteriorizar sentimientos y hacer partícipe a otro de los mismos» (ídem, p. 48). Incluso, se busca provocar una determinada reacción en el receptor de la proposición expresiva. Son proposiciones que van acompañadas de verbos como amar, querer, sentir, desear, y similares, o los de voluntad como decidir, pedir, elegir, y similares. En todos estos casos, no sucede como en las proposiciones descriptivas que pueden verificarse, que pueden contrastarse y, en definitiva, juzgar si son verdaderas o falsas. En efecto, las proposiciones expresivas, cuando manifestamos un sentimiento, no son susceptibles de verdad o falsedad.

c.- *Proposiciones prescriptivas o directivas, o preceptivas o imperativas.* Son aquellas proposiciones con las cuales se trata de modificar, de dirigir y orientar el comportamiento de los demás. Con ellas, se pretende «conseguir del destinatario un cambio en sus actitudes o creencias y, en última instancia, moverle a la acción en un determinado sentido». Se trata de cambiar las actitudes y la conducta del destinatario. Por ello, se incluye bajo esta función proposiciones muy variadas: consejos, instrucciones, anuncios, mandatos, órdenes, normas ... Por ejemplo: «¡Abre la puerta!», «¿Me darías un cigarrillo?», «Deberías coger un paraguas». En estos casos, como en el tipo anterior de proposiciones, no tiene sentido preguntarse por su verificabilidad, si lo que se dice es verdadero o falso. En todo caso, lo que interesa es saber si ha cumplido correctamente su función, si, en verdad, ha conseguido modificar y determinar la conducta de los destinatarios. La pregunta es, por tanto, si el mandato, o la proposición prescriptiva o directiva, es eficaz o ineficaz o, incluso, justa o injusta, pero nunca si es verdadera o falsa.

De esta clasificación, lo que se pone de relevancia es la necesidad de diferenciar las proposiciones descriptivas de las prescriptivas acudiendo al argumento de que sólo las primeras pueden ser objeto de contrastación o verificabilidad; de ellas se puede decir son verdaderas o falsas. Por el contrario, las proposiciones prescriptivas se caracterizan por no estar sujetas a esta valoración, sino a la de si han sido eficaces o ineficaces, justas o injustas.

Pues bien, como ya he anticipado antes, las normas jurídicas aparecen siempre como proposiciones prescriptivas, pues son mandatos, de diferente intensidad -pues también hay consejos y permisos-, que son emitidos para orientar y determinar la conducta de los destinatarios. Y así aparece en sus diferentes manifestaciones: el texto de un artículo o Código, de un contrato o de una sentencia. Las normas jurídicas se incluyen siempre entre las prescripciones en la medida que son directivas de las más fuertes. No obstante, no todas las prescripciones son normas, ni tampoco toda norma es una prescripción, pues existen en las normas jurídicas permisos y recomendaciones.

Pero, la norma jurídica aun siendo una proposición prescriptiva porque dirige la conducta de los individuos tiene especificidades dignas de considerar. Desde luego, la función primaria del lenguaje jurídico es la de «fijar o establecer normas de carácter explícito para influir o dirigir comportamientos» (Calvo, p. 49). Y, de esta forma, el Derecho aparece como un ordenamiento coactivo que orienta, regula y dirige nuestros comportamientos. Busca influir en la conducta de los individuos. Y, por ello, es una prescripción. Pero, se distingue de otras prescripciones por ser una prescripción respaldada por «una *autoridad específica,* que las emite y controla su cumplimiento voluntario o forzoso» (p. 50). Así, poseen una *fuerza significativa* peculiar que deriva

de la naturaleza de esta autoridad. «El significado de las prescripciones jurídicas no depende, en principio, de su aceptación o eficacia a la hora de influir o determinar la conducta de los destinatarios de las mismas; sino de la intención o, mejor, de la fuerza significativa que dimana de su emisión o reconocimiento como normas jurídicas. La autoridad normativa de las prescripciones jurídicas no precisa ser reconocida por todos los sujetos a los que éstas van dirigidas. Basta con que esa autoridad sea reconocida por el aparato coercitivo que controla su aplicación coactiva» (p. 51).

Ahora bien, una vez queda clara la función prescriptiva o directiva de toda norma jurídica, resulta que el Derecho dirige nuestras conductas no sólo a través de un uso prescriptivo del lenguaje, sino que, además, se aprovecha de todos los matices propios del lenguaje en general. Así, «las normas jurídicas, con independencia de su carácter prescriptivo, buscan ser eficaces *persuadiendo* «, aprovechándose de la ductilidad y maleabilidad del lenguaje parar guiar o influir comportamientos. De esta forma, puede distinguirse un *uso persuasivo* del lenguaje cuando es utilizado con una intención táctica manifestándose entonces como «un *uso emotivo,* cuando simplemente se recurre a definiciones y expresiones persuasivas para facilitar la aceptación inmediata de las pautas de comportamiento establecidas en las normas jurídicas, o como un uso ideológico, cuando el uso emotivo del lenguaje apela a elementos de carácter ideológico « (p. 51). Ejemplo de estos usos son los siguientes: como ejemplo de uso persuasivo es el empleo de términos que no produzcan un rechazo frontal en el destinatario (servicio público por burocracia, hijo ilegítimo por bastardo); como ejemplo de *uso ideológico* está el empleo de términos y expresiones que pueden predisponer ideológicamente la aceptación del sistema (libertad, igualdad, democracia, Estado democrático y social).

No es desdeñable, por otra parte, el hecho de que el lenguaje de las normas jurídicas presenta ciertas peculiaridades. Incluso, se ha llegado a decir que éstas determinan que el lenguaje jurídico sea un lenguaje artificial o formal. Sin embargo, el lenguaje jurídico se basa y utiliza el lenguaje común o natural, a pesar que tenga sus especialidades. Estas son, por ejemplo, el constante empleo de definiciones o el abuso de fórmulas. Por otra parte, hay que destacar le alto grado de abstracción del contenido de las normas jurídicas y el recurso de conceptos indeterminados. En el primer caso, es así por cuanto la mayoría de las normas jurídicas no se dirigen a un individuo en concreto. «Se establecen para regular un conjunto más o menos amplio de hechos típicos, esto es, de hechos y situaciones que posean ciertas características ... Las normas legales, por lo común, demuestran una clara voluntad de perpetuarse más allá de determinadas condiciones sociales e históricas» (p. 53). Los conceptos jurídicos indeterminados son tipos, estereotipos, que utiliza el legislador para regular los elementos, características y las consecuencias jurídicas de situaciones o acciones que puedan producirse en el futuro y que son relevantes para el Derecho.

4.2.- La estructura de la norma jurídica. Diferentes enfoques.

Desde el inicio de la Ciencia del Derecho, quienes se han dedicado al estudio del fenómeno jurídico han sentido una cierta envidia hacia las matemáticas y, en especial, hacia la lógica simbólica puesto que, ante sus ojos, aparecían como dos disciplinas que eran la máxima expresión de la claridad y transparencia, y de la racionalidad y certeza, lo que parecía estar ausente del Derecho. Consecuencia de ello, siempre intentaron trasladar, importar al mundo del Derecho alguna de las categorías e instrumentos que tanto éxito tenían en esas disciplinas. Sobre todo, estas pretensiones se traducían en la reducción del Derecho a sus elementos más simples, en el estudio de sus relaciones más importantes o en la búsqueda de esquemas ideales y modelos globales para este campo. Imbuidos por esa envidia hacia esas disciplinas y, en general, hacia las ciencias experimentales querían justificar el estatuto científico del Derecho utilizando los mismos métodos de conocimiento. Aunque este objetivo se traslucía harto difícil dada la especificidad de las ciencias sociales, su empeño ha dejado huellas que no dejan de ser de interés. El estudio de la norma jurídica -hay otros, como es el caso de la aplicación del Derecho por medio de un silogismo deductivo- es un ejemplo de esta tendencia que estoy señalando. A continuación, voy a reseñar algunos pasos de este proceso.

1.- En efecto, quienes eran representantes de una corriente que veían en la norma jurídica un mandato coactivo –la **teoría imperativa**–, buscaron un esquema simple que explicara los elementos que componen una norma jurídica y su interrelación. Dada su precomprensión de que el Derecho es una forma de control social, redujeron el esquema de la norma jurídica a una fórmula de claras connotaciones matemáticas. Entendían que el Derecho se guiaba por la regla de que a todo comportamiento de una persona debía seguirle una consecuencia cierta. Es decir, que el Derecho funcionaba a través de la imputación de una consecuencias jurídicas a determinados hechos concretos. En consecuencia, en toda relación jurídica existirían dos elementos: por un lado, la consecuencia o reacción jurídica y, por otro, los hechos que han dado lugar a esa reacción. Siguiendo este esquema entendieron que podía representarse a través de la fórmula lógico-matemática siguiente: «Si es A, debe ser B».

En esta fórmula, existen dos elementos que se relacionan entre sí, siendo uno de ellos la condición del otro. Por un lado, el antecedente y, por otro, el consecuente. En el primer caso, entendían que estaba constituido por el *precepto,* esto es, el modelo de comportamiento prescrito, ordenado, establecido por la propia norma; y el segundo por la *sanción,* es decir, la sanción o reacción jurídica negativa (la pena, el castigo, sea privación de libertad o resarcimiento patrimonial, multa) que es consecuencia y

está ligada al incumplimiento de lo preceptuado. Según esta visión, por lo tanto, toda norma jurídica está compuesta por un precepto, mandato que prescribe que el comportamiento a realizar, y la sanción, la consecuencia del incumplimiento de ese mandato. Como puede suponerse, dicha visión es deudora de las viejas ideas liberales del Derecho y del Estado que concebían al primero desde una óptica coaccionadora y represiva. Y, en efecto, en lo que son las ramas del ordenamiento jurídico que reflejan esta concepción parecen cumplirse a rajatabla estas previsiones. Por ejemplo, ahí está el articulado del Código Penal y sus prescripciones. Así, esta fórmula «se adapta perfectamente a los planteamientos de esta teoría, según la cual las normas jurídicas representan un mandato dirigido a los órganos públicos encargados de aplicar el derecho para que impongan determinadas sanciones en el caso de que se realicen determinados hechos» (Calvo, p. 63).

Con todo, este esquema no queda completo sin hacer alguna aclaración importante:

a.- Ante todo, los defensores de esta teoría entendían que la relación existente entre el precepto y la sanción no es una relación de causalidad, ni siquiera de implicación lógica, sino de *imputación.* Es decir, que la relación entre esos dos elementos no es una relación entre la «causa» y su «efecto» al estilo de las que se producen en los fenómenos naturales y que permite establecer las regularidades que en ella se observan, como cuando vemos rodar una bola de billar hacia otra e intuimos que la va golpear y, en consecuencia, impulsar hacia otro lugar. Ni siquiera es una relación lógica, esto es, automática, mecánica por la cual se va producir siempre una consecuencia ante determinados hechos. Es de imputación; es decir, que previamente a la reacción jurídica ante esos hechos debe establecer la responsabilidad personal de quien la ha realizado. Para que pueda realizarse la sanción debe atribuirse la responsabilidad de esos actos, debe imputarse su autoría a alguien, y sólo entonces, se producirá la reacción jurídica. Siempre hay que buscar la persona que con más o menos certeza ha realizado los hechos concretos, esto es, la condición o antecedentes para el Derecho reaccione. La precisión es muy importante por cuanto la imputación o atribución de responsabilidades queda al albur de muchas circunstancias (eficacia policial, prontitud judicial, ...) que no aparecen en las leyes de la naturaleza ni en las leyes matemáticas.

b.- Con lo dicho antes, se anticipa otra idea que hay precisar. Esta es que la normas jurídicas no son juicios sobre hechos, no expresan un ser, lo que es, sino que son juicios de *deber ser,* de lo que debe hacerse cuando se produzca la condición. «No nos dice lo que ocurrirá en el caso de que se verifique el evento condicionante A, sino lo que debe hacerse». (Lumia, p. 41). Por lo tanto, toda norma jurídica es un juicio hipotético que nos especifica lo que debe hacerse en caso de que produzca la condición.

«Si es A, debe ser B» como la fórmula matemática, no opera hasta que se produce A. «La fórmula en cuestión sólo nos diría que *si se realiza A, debe ser o debe hacerse B»* (Calvo, p. 63).

2.- No obstante estas precisiones, la visión que reduce la estructura de la norma jurídica a la relación existente entre un precepto y su sanción adolece de deficiencias que han sido puestas de manifiesto con prontitud y que chocan cuando uno se acerca con este esquema un sistema jurídico más desarrollado, propio del Estado social. Y no es el menos importante el argumento según el cual hoy no puede hablarse de sanción, de pena, de reacción jurídica negativa -el segundo de los elementos de esa fórmula-, por cuanto «es igualmente fácil constatar que las consecuencias que ciertas normas ligan a determinados comportamientos consisten con gran frecuencia en la obtención de ventajas por parte de los sujetos que han seguido aquellos comportamientos» (Lumia, p. 43). Ya hemos insistido hasta la saciedad -en contra las más de las veces de la teoría imperativista-, en que existen normas cuya consecuencia jurídica es positiva en la medida en que buscan «alentar», impulsar comportamientos ventajosos. El ordenamiento jurídico no sólo se sirve de instrumentos represivos, sino que, en ocasiones, organiza instituciones, da competencias o, en otras, se sirve de la técnica promocional en virtud de las nuevas funciones que ha asumido el Derecho.

Pero, la disquisición de la teoría tradicional no ha caído en saco roto. Y así se considera que sustancialmente el viejo esquema «Si es A, debe ser B' sigue siendo válido siempre y cuando se hagan ciertas precisiones. Primero de todo, que deje de llamarse a sus elementos con los términos «precepto» y «sanción», y se utilicen otros más apropiados, con el fin de escapar a la visión coaccionadora del Derecho. «Se ha propuesto una interpretación diferente a la misma, según la cual A representaría un supuesto de hecho abstracto, mientras que su segundo elemento, *'debe ser B'*, representaría una *calificación o consecuencia jurídica* « (Calvo, p, 63). Es decir, debe hablarse de *supuesto de hecho* y de **consecuencia jurídica.** Debe aclararse que en esta concepción se incluirían los aspectos e ideas básicas de la vieja concepción.

Con todo, para esta última concepción, el significado de los términos y de los elementos varía un tanto. Por «supuesto de hecho» entienden «la configuración previa que la norma jurídica hace de un posible hecho real». Figura como antecedente y como condición para la reacción jurídica, pero, con ello, quiere señalarse no que sea un mandato exclusivamente o una prescripción del comportamiento individual, sino que es una prefiguración que hace el legislador, un diseño de esa conducta basada en una suposición de la realidad de forma que puede no coincidir con la misma. Es una prefiguración de estados de cosas, acciones o hechos de manera muy abstracta y general. «No se refiere a acciones, hechos o estados de cosas en particular, sino que hace refe-

rencia a 'tipos' o 'clases' de acciones, hechos o estados de cosas» que queden incluidos bajo esas clases por sus características, condiciones o rasgos (Calvo, p. 64). Es imprescindible insistir en que el supuesto de hecho es siempre una previsión conceptual y que como tal suele ser *abstracta,* no configura las acciones al detalle, y *general,* en la medida que afecta a grupos de individuos o a la totalidad de la comunidad. Por eso mismo, no sólo engloba los mandatos, precripciones u órdenes que pudiera el legislador disponer, sino que se amplía su contenido a cualquier tipo de regulación. Además, dado su carácter de previsión, aparecen como hipótesis de acciones o hechos que pueden suceder en el futuro a la vista de los que sucede o ha sucedido. Y ello, este carácter de previsión hipotética, tiene sus consecuencias que no dejan de ser importantes. «Y es que, como observa acertadamente K. Engisch, el Derecho no tiene por qué someterse ciegamente a la naturaleza, sino que, en determinadas ocasiones, atendiendo a consideraciones valorativas, configura los hechos a su manera para poder atribuirles unas determinadas consecuencias jurídicas» (R. Molinero, p. 159).

La «consecuencia jurídica» es la respuesta que da el ordenamiento a un determinado supuesto de hecho. Se refiere a lo que según el derecho vigente «se sigue» si ocurre lo prescrito en el supuesto de hecho. Tampoco es una consecuencia real en el sentido visto más arriba, sino que se trata de nuevo de una previsión conceptual abstracta que hace el legislador de lo que deberá hacerse ante acciones, hechos o estados de cosas que caigan bajo los efectos del supuesto de hecho. Tiene un contenido abstracto y no sólo se refiere a sanciones, sino que se incluyen «obligaciones», «deberes» y «facultades» que el ordenamiento concede. Por otra parte, en el sentido visto más arriba, el nexo entre ambos elementos no es de causalidad como el que existe en los fenómenos naturales. La consecuencia jurídica no se produce automáticamente, sino que la relación o nexo entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica es de imputación. Para que la consecuencia jurídica tenga lugar debe darse la condición, pero también la atribución de la responsabilidad de quien haya cometido o sea responsable de un hecho una acción o un estado de cosas con todo lo que ello supone.

Por todo lo visto, esta distinción entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica aparece como una construcción intelectual de sumo interés, pero que tiene, a su vez, derivaciones que conviene destacar. Lo primero de todo es que como construcción o conjunto de previsiones hipotéticas se supone que todas las normas jurídicas de un ordenamiento son *independientes* y *completas,* lo cual, de hecho, no se produce en los textos legales. En efecto, para esta concepción, como ha puesto de manifiesto M. Calvo, la norma jurídica y su estructura debiera aparecer en su estado prístino en todo ordenamiento, con su supuesto de hecho y consecuencia jurídica a continuación siguiendo el modelo «Si es A, debe ser B». Pero, nada más lejos de la realidad. Lo que encontramos en el ordenamiento son «referencias normativas dispersas o normas

cuyo sentido ha de ser completado con otras normas». Ni las normas jurídicas aparecen con esos dos elementos con tanta claridad como se especula, ni las normas jurídicas pueden ser interpretadas o integradas en el ordenamiento jurídico sin referencias a otras normas jurídicas u otros textos legales.

«Como reconocen incluso quienes lo aceptan como un esquema válido para dar cuenta de la estructura de la norma jurídica, no se basa en la manifestación fáctica de las normas en los textos legales, sino en una reconstrucción intelectual de la norma jurídica» (Calvo, p. 65). Es un esquema ideal que puede ser utilizado en un sentido constructivo para ordenar e integrar el sistema jurídico. En efecto, como las normas jurídicas así entendidas no se encuentran en el ordenamiento, lo que debe hacer el jurista llamado a aplicar es rastrear, indagar en el mismo y reordenar esos trozos o fragmentos normativos, buscar su relación y reconstruir la norma jurídica fragmentada. Buscar en todo el ordenamiento las normas que configuran tanto el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica para hallar así la previsión del legislador a un hecho concreto. Es ésta una fecunda labor intelectual en la que preferentemente consiste la tarea del jurista.

3.- Al margen de estas concepciones que buscan el esquema ideal de una compleja norma jurídica es necesario hacer un estudio más pormenorizado de la norma jurídica sin referencia a que sea independiente o completa. O sea, ¿cuáles son los elementos y estructura de una norma jurídica concreta? En este sentido, nos va a ser muy útil el estudio de la categoría «norma» que con carácter general, es decir, válido para todas las que existen en una comunidad, ha realizado G. H. von Wright. Para von Wright, existen tres tipos de normas: las *reglas definitorias o determinativas,* que definen o determinan una actividad, como el caso del juego, la gramática o el cálculo; las *reglas técnicas,* que nos indican un medio para alcanzar un fin, por ejemplo, las instrucciones de uso de un televisor, un vídeo o cualquier aparato; y las *prescripciones.* A partir del análisis que hace de las *prescripciones,* esto es, de las normas que dirigen los comportamiento de las personas, aplicado a la norma jurídica puede iluminarse algo más cuál es la estructura de la misma. Distingue los siguientes elementos:

a.- La **autoridad normativa**, esto es, la voluntad del emisor que dicta o establece la norma jurídica. Es el elemento que determina la validez de las normas y está estrechamente vinculado al sujeto emisor. La autoridad hace referencia siempre al órgano que la establece porque tiene competencia normativa siguiendo los cauces legales. Según la autoridad, hay muchos tipos de normas jurídicas: las leyes, pudiendo ser orgánicas u ordinarias, de acuerdo a los requisitos prescritos en el artículo 81 de la CE y, dentro de las ordinarias, pueden ser de las Cortes Generales o de las

Comunidades Autónomas en la materia de su competencia; los Decretos-Leyes, según el artículo 86 CE, que son establecidos por el Consejo de Ministros «en caso de extraordinaria y urgente necesidad» y refrendados posteriormente por las Cortes Generales siguiendo lo prescrito en ese artículo; Decretos Legislativos y Leyes de Bases, según el artículo 82 CE; Reglamentos de todo tipo (Decretos del Consejo de Ministros, Ordenes de Comisiones delegadas, Ordenes ministeriales, ordenanzas municipales, y todo tipo de normativa de rango inferior).

b.- El **sujeto normativo,** esto es, los destinatarios de las normas, a quienes va dirigida y están obligados a su cumplimiento, pudiendo ser normas generales, cuando se dirigen a un espectro amplio de la población, o individuales, cuando se dirigen a uno en concreto. Estas últimas tienen un estatuto normativos harto problemático.

c.- La **promulgación,** esto es, la formulación de la norma en un lenguaje para que los destinatarios pueden conocerla. En el sentido de von Wright, hace referencia a la necesidad de que las normas escritas sean publicadas, en el caso español, en el BOE.

d.- La **sanción** o amenaza de castigo con el fin de garantizar la eficacia de la norma jurídica. Considerar a la sanción como un elemento de primer orden y cómo deba entenderse no es una cuestión en torno a la cual exista una gran unanimidad. Ya conocemos cómo existen normas no jurídicas que llevan sanciones y la polémica sobre las sanciones en el Derecho en la medida que las sanciones no sólo son negativas -castigos, penas, multa, privación de libertad-, sino que pueden ser positivas alentando determinadas conductas mediante premios, ventajas o recompensas. Cuando hacemos referencia a este término debe entenderse, por lo tanto, en sentido amplio, esto es, en el sentido ilustrado por Bobbio, refiriéndose tanto a las unas como a las otras, es decir, a las consecuencias agradables como a las desagradables que el ordenamiento atribuye a la observancia o a la inobservancia de sus preceptos: las *sanciones positivas,* cuando se atribuyen ventajas en los supuestos de cumplimientos de las normas, y *sanciones negativas,* cuando se priva de un bien por incumplimiento de la norma.

e.- La **ocasión** o localización espacial o temporal en que debe cumplirse el contenido de la prescripción. Esto es, el ámbito espacio-temporal de aplicación de las normas. Se refiere con ello, por un lado, al ámbito territorial de aplicación que puede ser todo un Estado, una Comunidad Autónoma, un municipio. Y, por otro, la ocasión temporal, esto es, a partir de cuando debe considerarse vigente, que ha entrado en vigor -con la *vacatio legis* -, o, en caso contrario, cuando ha sido derogada.

f.- El **carácter** o el *modo* con el que las normas jurídicas orientan el comportamiento de los destinatarios. Suele distinguirse tres modos o caracteres de las normas

jurídicas, según señalen las acciones o conductas que *deben* realizarse, *no deben* realizarse o *pueden* realizarse. En el primer caso, se está señalando una *obligación* de hacer; en el segundo, una *prohibición* u obligación de no hacer; y en el tercero un *permiso* de algo que puede ser hecho. Por lo tanto, las normas pueden ser de obligación, de prohibición o permisivas. Obligaciones, prohibiciones y permisos son los tres caracteres de las normas jurídicas, aunque hay quien señala que sólo son dos: las obligaciones (de hacer o de no hacer) y los permisos. En el primer caso, se incluyen las obligaciones en sentido estricto y las prohibiciones en cuanto las primeras son obligaciones positivas y las segundas negativas. Los permisos son aquellas normas que confieren potestades, facultades o poderes tanto a las personas como a las instituciones.

g.- El **contenido** o *lo que* la norma declara como obligatorio, prohibido o permitido. Se trata de su objeto regulativo, el núcleo normativo. Es decir, la acción o conjunto de acciones, actividades, hechos o estados de cosas (pagar, matar, robar, ...) que la norma prescribe como obligación, prohibición o permiso. Normalmente, el contenido viene prescrito de forma abstracta en cuanto que no se refiere a tal acción, sino a la acción como «tipo» o «clase», en cuanto categoría. Y se diferencia así de las normas concretas que hacen referencias a acciones específicas. De esta forma, las normas legales suelen ser abstractas, mientras que los fallos de las sentencias -normas para el caso particular- suelen ser concretas.

h.- La **condición de aplicabilidad** o el conjunto de circunstancias que tienen que darse para que exista la oportunidad de realizar el contenido de la norma. En este sentido, las normas, siguiendo a I. Kant, pueden ser categóricas o hipotéticas. *Categóricas,* cuando las condiciones de aplicación o de oportunidad de la norma surgen de su contenido. Por ejemplo, cuando se ordena «¡Cierra la puerta!», la condición de aplicabilidad se infiera del mismo mandato, y ésta es que la puerta esté abierta. *Hipotéticas* son aquellas prevén las condiciones de aplicación sin que se infieran de su contenido. Por ejemplo, «Si llueve, cierra la puerta», donde se establece una condición para obedecer el mandato: que llueva.

Las normas jurídicas son siempre normas hipotéticas, pues según lo ya visto su estructura o esquema ideal está formado por dos elementos, un antecedente y un consecuente, que son el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, «de modo que la atribución de la consecuencia jurídica que la norma prevé se somete a la condición de que se realice el supuesto de hecho o condición de obligación» (de Lucas, p.122)

4.3.- Clasificación de las normas jurídicas.

Son muchas las clasificaciones de las normas jurídicas que se han esbozado acudiendo a multitud de criterios y alguna de ellas ha salido ya al hablar de la estructura de la norma jurídica. Por resumir, voy a citar brevemente alguna de ellas teniendo presente que la clase de normas jurídicas que más nos interesa son las que acudiendo a la función distingue entre normas primarias y normas secundarias, tema éste que estudiaremos en el epígrafe posterior.

Las normas jurídicas pueden ser:

a.- Por el *sujeto normativo* o destinatario= normas generales o normas particulares.

b.- Por la *promulgación* = normas escritas o consuetudinarias.

c.- Por la *sanción* = normas con sanción o normas sin sanción.

d.- Por el *carácter* = normas obligatorias, prohibitivas o permisivas.

e.- Por el *contenido* = normas abstractas o normas concretas.

4.4.- Normas primarias y normas secundarias.

Normas primarias y *normas secundarias* son dos viejos términos ampliamente utilizados en la Teoría del Derecho para referirse a determinados tipos de normas distinguiéndolas por la función que cumplen dentro del ordenamiento jurídico. Por «normas primarias» se entiende aquéllas que contienen preceptos o, mejor, aquéllas que determinan el comportamiento que debe realizarse, es decir, lo que se debe hacer o no hacer, o lo que se puede hacer. Por su importancia, suelen denominarse «normas de primer grado», aunque, en la actualidad, con buen criterio, se ha extendido el nombre de *normas de conducta* o *normas de comportamiento,* términos que parecen los más apropiados por cuanto ilustran el elemento típico de esta categoría, el que prescriben nuestras acciones o actividades. Las «normas secundarias», por el contrario, tradicionalmente, se caracterizaban porque preveían la sanción en el caso de que las primeras no fuesen cumplidas. Por eso mismo, se les llama también «normas de segundo grado» o «normas sobre normas» por su dependencia respecto de la primera.

Sin embargo, esta caracterización, en particular la especificidad de las normas secundarias, ha sido objeto de una interesante reflexión que ha pulido con más precisión su significado adaptándolo a los cambios y transformaciones del Derecho en el Estado del Bienestar, en un ordenamiento jurídico que se caracteriza por la multitud y complejidad de sus normas, y en la que han participado autores de la talla como H.L.A. Hart o N. Bobbio con aportaciones brillantes a lo ya dicho en su día por autores como R. von Ihering y H. Kelsen. Con el objeto de aclarar el significado y sentido de esta discusión conviene adelantar que el término «norma secundaria» ya no hace referencia tan sólo a la previsión que hace el legislador de la sanción que debe establecerse en el caso de que la norma no sea observada, sino que hace referencia a aquellas normas que establecen los órganos para producir, modificar y aplicar las normas. Por eso mismo, el término más común utilizado en la actualidad es el de *normas de organización o normas de competencia.*

En definitiva, por concretar la cuestión, hoy se entiende por *normas de conducta, de comportamiento, o primarias* aquéllas que establecen lo que se debe hacer o no hacer, o lo que se puede hacer, esto es, una obligación o una prohibición o un permiso, es decir, por ejemplo, que debe pagarse impuestos, que está prohibido matar o robar o que se puede hacer determinada acción. Mientras que son *normas de organización, de competencia o secundarias* aquéllas que establecen los órganos, las personas y sus competencia para producir o crear normas, modificarlas o cambiarlas, o aplicarlas, esto es, quién detenta el poder legislativo, cómo debe establecer o cambiar normas, quién debe aplicarlas, qué tribunal debe concretar las reacciones jurídicas, siguiendo qué procedimiento, hasta qué medida, etc. En todo esto, quede claro ya, la contribución de Hart es inapreciable, incluyendo también los problemas que plantea.

Quien, en un primer momento, como representante de la teoría tradicional, intentó precisar este significado fue **R. von Ihering** para el cual, a la hora de distinguir entre las normas, debía seguirse un criterio cronológico de forma que las normas primarias eran las que establecían obligaciones o el comportamiento a realizar por cuanto eran las que primero era dictadas, mientras que las secundarias eran las que preveían las sanciones en el caso de incumplimiento por cuanto siempre iban después, detrás de las primarias. **H. Kelsen** varió sustancialmente esta caracterización al centrarse en la idea de Ihering: que los destinatarios reales de las normas jurídicas no son los ciudadanos, sino los órganos encargados de hacerlas valer, de forma que la obligación jurídica de cumplir sólo residiría en estos órganos del Estado. Siguiendo esta idea, Kelsen abandonó la caracterización anterior basada en el elemento cronológico para fijarse especialmente en la función de cada norma. Y así entendió que las normas sancionadoras -las que antes eran secundarias- debían considerarse como primarias, como axiológicamente más importantes, mientras que las normas que establecían los

comportamiento -las que antes eran primarias- deberían ser secundarias. Kelsen, por lo tanto, invierte el sentido tradicional de las normas.

En la actualidad, se ha puesto de manifiesto que la cuestión está mal planteada, pues «precepto y sanción no son dos normas (o dos tipos de normas), sino los aspectos complementarios de una misma norma» (Lumia, p. 46). Pero que, de todas las maneras existen diferentes tipos de normas en los ordenamientos jurídicos de las sociedades desarrolladas. Y, precisamente, a la labor de precisar y de detallar estos tipo se ha dedicado Hart, quien ha basado su reflexión en una interesante comparación con la Teoría del Derecho de J. Austin. Al primero se debe fundamentalmente que se haya generalizado los términos normas de conducta o de comportamiento o normas primarias para referirse aquéllas que regulan directamente la conducta de los miembros de la sociedad y el de normas de organización o de competencia, o secundarias, para aquéllas «cuyo objeto no está constituido, al menos inmediatamente, por la conducta de los asociados, sino por otras normas» que se distinguen entre sí por su diferente función. Las normas primarias o básicas especifican lo que los individuos deben hacer u omitir, mientras que las secundarias se refieren a las primarias, se ocupan de ellas, están en directa dependencia de las primarias. Mientras que las primarias imponen deberes, las secundarias establecen potestades, competencias a las personas privadas y a los organismos públicos. Pero, si entre las primarias y secundarias, entre las normas de conducta y las de organización, existe una relación de dependencia, la aportación más destacada de Hart consiste en la distinción que establece dentro de las últimas por el papel o función que realizan dentro del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, dentro de las normas de organización o secundarias, existen según Hart tres tipos de reglas, tipología que sigue Bobbio, aunque les da el nombre de «normas»:

a.- *Normas o reglas de reconocimiento,* que son las que permiten verificar si una norma jurídica cualquiera pertenece a un determinado sistema jurídico. Permite identificar esa norma y conocer su forma parte del ordenamiento. La normas de reconocimiento, como ha explicado Bobbio siguiendo a Hart pues éste sólo habla de «regla de reconocimiento», fijan los criterios para distinguir y establecer cuáles son las normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico y cuál es su alcance.

Las normas o reglas de reconocimiento cumplen un papel crucial en la misma existencia del ordenamiento jurídico e, incluso, de las normas de conducta o primarias. En efecto, la función de las normas de reconocimiento es la de dotar de *certeza* a las normas primarias, esto es, permiten resolver las dudas acerca de qué regla es de un ordenamiento jurídico, y debe obedecerse, y cuál no. Nos dicen una característica o características cuya posesión es imprescindible para identificarlas como normas perte-

necientes a un sistema jurídico, tarea que puede ser así realizada por cualquier miembro del grupo o comunidad. «En este sentido, son la primera condición y requisito imprescindible para que pueda hablarse de un sistema normativo complejo. Las normas jurídicas de conocimiento, según esto, establecen cuáles son las fuentes de producción normativa y cuál es el alcance de las normas de sistema jurídico. Así pues, además de las normas que determinan cuáles son las fuentes del derecho, también son normas de reconocimiento las que establecen los límites de espacio y de tiempo dentro del cual son eficaces las normas del sistema jurídico, las que ayudan a precisar el alcance o el sentido de una norma mediante recursos interpretativos y, en definitiva, todas aquéllas que sirven para fijar cuáles son y cuál es el alcance de los preceptos jurídicos» (Calvo, p. 29). Efectivamente, por eso, no sólo confieren de certeza al ordenamiento y a las normas jurídicas, sino que además les atribuye una autoridad especial, que, a la larga, es una razón importante para la obediencia. Todo este tipo de normas de reconocimiento suelen encontrarse en los textos legales de más alto rango dentro del ordenamiento jurídico como la Constitución u otras leyes de carácter general.

b.- *Normas o reglas de producción y de cambio,* que son aquéllas que establecen los procedimientos para crear, reformar, modificar o derogar las normas jurídicas. Facultan personas u órganos para establecer o dictar las normas jurídicas o los cambios oportunos a través de los procedimientos adecuados. Por su importancia, son normas muy cercanas a las anteriores, sólo que se distinguen por su función la de dar movilidad al ordenamiento jurídico. Son normas, en definitiva, que especifican quiénes deben legislar y que procedimiento deben seguir.

El papel o función de estas normas consiste en dar *flexibilidad* al ordenamiento jurídico evitando así que sea un sistema normativo muerto, estático. Por el contrario, se trata de que pueda adaptarse a las nuevas necesidades sociales con nuevas normas. Normas típicas de producción y cambio son las relativas al poder legislativo y a los procedimientos de elaboración de las leyes que aparecen en la Constitución en su Título III o en los Estatutos de Autonomía, pero también en textos legales inferiores jerárquicamente cuando regulan las personas y los procedimientos para establecer normas inferiores. En definitiva, «las normas de producción o de cambio regulan procedimientos adecuados para la transformación o introducción de nuevas normas en el sistema jurídico de modo pacífico y eficaz. Los procedimientos legislativos representan quizá la imagen arquetípica de los medios de innovación del sistema jurídico; pero las posibilidades de transformación y producción de norma jurídicas son enormemente amplias» (=contratos, testamentos, etc.) (Calvo, p. 29).

c.- *Normas o reglas de aplicación o adjudicación,* que son aquéllas que especifican los órganos, las personas, los procedimientos que deben seguirse cuando alguien

ha transgredido una norma y la reacción jurídica que cabe esperar. «Institucionalizan medios y procedimientos para afrontar la posible ineficacia del alguna norma jurídica». Por tanto, son todas aquellas que establecen y dotan de competencia a jueces, policía y demás instituciones para apoyar el cumplimiento de las normas jurídicas, así como lo procedimientos y las medidas que deben seguirse.

Su función es de *garantía* del cumplimiento; su función es de *reforzamiento* del sistema jurídico ya sea mediante la institucionalización de la fuerza ya sea mediante el establecimiento de recompensas o premios en los caso de promoción de conductas. En este tipo de normas se encuentra, por tanto, el aspecto coercitivo del Derecho, lo que la teoría tradicional entendía por normas secundarias, aunque ahora ampliada a los elementos positivos del reforzamiento de las conductas.

Como puede entreverse, lo característico de cada uno de estos tipos reside en la función que cumplen dentro del ordenamiento jurídico y, en particular, sentar las condiciones y requisitos que complementan a un ordenamiento jurídico complejo. Y es que Hart llegó a estas conclusiones no sólo examinando las funciones de las normas en un ordenamiento jurídico actual, sino también debatiendo y discutiendo la Teoría del Derecho de Austin que, a sus ojos, aparecía como la apropiada para un ordenamiento jurídico simple, de estilo incluso del existente en las sociedades primitivas. Observa que un ordenamiento jurídico simple se caracteriza por tres elementos: la existencia de reglas que sólo pueden etiquetarse como negativas, pues restringen la violencia, el robo, el engaño, junto con algunas positivas que ordenan los modos de cooperación; una obediencia mayoritaria; y la necesidad de relaciones de parentesco, de afinidad o de creencias para fortalecer la unión de la comunidad. Más concretamente, refiriéndose a la teoría de Austin sobre las normas primarias y secundarias, que es la típica de la teoría tradicional -normas primarias= obligaciones; normas secundarias= sanciones- especifican que las leyes penales no son el «único Derecho» y que se olvida de una parte importante de normas que confieren facultades, así como otros problemas sobre la noción de soberano -su identificación, la perdurabilidad de las normas después de su fallecimiento. Pero, especialmente, constata los siguientes problemas insalvables: falta de certeza, pues las reglas son un conjunto de pautas sin ninguna característica definitoria; ordenamientos demasiado estáticos y, por lo tanto, una imposibilidad de cambio o adaptación; y, por último, una ausencia de monopolio oficial de las sanciones. Pues bien, lo caracteriza a los ordenamientos jurídicos desarrollados frente a éstos es, precisamente la existencia de unas normas que suplen estas carencias y estas normas son las que ha desarrollado como secundarias que, así, dan certeza al ordenamiento, permiten su transformación y adaptación y regulan el monopolio de la fuerza y de otras medidas de reforzamiento.

4.5.- Validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas.

Como ha puesto de manifiesto N. Bobbio, el estudio de las reglas de conducta y de las normas jurídicas plantea problemas interesantes para el iusfilósofo y para el jurista, que, en absoluto, se reducen a cuestiones meramente conceptuales, sino que son de más calado. Uno de los más relevantes, y que más ha preocupado a la Filosofía del Derecho, es el de decidir cuándo una «norma es válida», «vigente», «eficaz» o «justa». La cuestión no es baladí, sino que tiene claras connotaciones prácticas, pues son términos utilizados con profusión en la vida del Derecho y cada uno de ellos hace referencia a un aspecto distinto de la norma jurídica. En el meollo de la cuestión se encuentra el difícil problema de la justificación de la norma jurídica y, en particular, de su obligatoriedad. De ahí la importancia de la cuestión a lo que hay que añadir la exigencia de que quien tiene una primera toma de contacto con el Derecho sepa utilizar estos conceptos con un mínimo de precisión. Empecemos, por tanto, con una primera aproximación que nos aclare un poco la cuestión para luego profundizar algo más en su significado.

Cuando se dice que una *norma es válida,* quiere indicarse algo tan importante para el Derecho como que esa norma *existe, es.* La validez de una norma equivale a señalar su existencia. Y, al revés, una norma existe en tanto que es válida. «Validez jurídica de una norma equivale a existencia de esa norma como norma jurídica» (Bobbio, p. 34). Por lo tanto, validez y existencia son dos términos sinónimos y pueden ser utilizados indistintamente, aunque técnicamente lo más apropiado es utilizar el primero, el de *validez.* Pero, decir que una norma es válida tiene una serie de implicaciones que hay que reseñar. En concreto, tiene dos implicaciones importantes. Por un lado, quiere decirse que la norma válida pertenece a un ordenamiento jurídico, está incluida dentro de un complejo sistema de normas. Es, por lo tanto, un criterio indicativo de la *pertenencia* de esa norma a un ordenamiento. Por otro lado, quiere decirse también que esa norma jurídica válida está investida de toda la autoridad propia del ordenamiento al cual pertenece y, en consecuencia, posee ya fuerza obligatoria. En suma, se está indicando su *fuerza normativa, su obligatoriedad,* que la norma jurídica es ya obligatoria y debe de ser obedecida por parte de los destinatarios. A la postre, el incumplimiento de esta norma conducirá a la puesta en marcha de los mecanismos coercitivos del Derecho. «La validez determina la obligatoriedad en sentido jurídico de tales normas, o lo que es igual, la obligación de cumplirlas voluntariamente o, alternativamente, la obligación de aplicarla coercitivamente para los miembros de los órganos estatales que ostentan funciones de control social» (Calvo, p. 55). La importancia de la cuestión, de saber qué es la validez de una norma, puede entreverse de lo ya dicho. La validez de una norma alcanza a algo tan destacado como el que sea o no obligatoria.

El conocimiento de si una norma jurídica es válida o no implica una labor de estudio y de comprobación que no siempre es fácil de resolver. En líneas generales, se trata de una tarea de estudio de los aspectos formales de la norma jurídica. O, por lo menos, esa es la mentalidad que hoy predomina entre los juristas. Se trata de hacer una comprobación de que la norma jurídica cumple con una serie de requisitos técnico-jurídicos que el propio ordenamiento jurídico impone para la pertenencia de esa norma, para que pueda conocerse y reconocerse que esa norma es miembro de ese sistema jurídico. Por ello, cobra una especial importancia la existencia de normas dentro del ordenamiento cuya función es posibilitar la identificación del resto de normas. En efecto, en los sistemas jurídicos más avanzados, como ya expusiera Hart, existen unas *normas o reglas de reconocimiento* que cumple con este cometido al tiempo que dan certeza a todo el ordenamiento y a la vida jurídica. Suele decirse que el estudio de la validez de una norma requiere, en primer lugar, determinar si la autoridad o el órgano que la dictó es realmente el competente para establecer normas. Se trata de saber si tiene competencia y poder legítimo para ello. Para ello, se acudirá tanto a las normas o reglas de reconocimiento del ordenamiento como a las normas o reglas de producción y de cambio. En segundo lugar, es obligada también la comprobación de otros datos formales: si esa norma jurídica ha sido o no derogada, esto es, que otra norma jurídica válida posterior en el tiempo haya decretado su muerte jurídica; y si es compatible o incompatible con otras normas del sistema jurídico, especialmente las de rango superior. Se trata por tanto de un estudio de las conformidades o contradicciones internas al sistema jurídico, si existen entre normas incompatibilidades o no existen.

Un concepto muy parecido, aunque distinto, al de validez es el de vigencia. Es más, muchos autores, como veremos, suelen reducir el problema de la existencia de una norma al de su vigencia. De ahí, el interés, al menos conceptual, de distinguir su significado. Cuando se dice que una norma es «vigente», quiere decir que ha entrado ya «en vigor», que «está en vigor», con lo cual se añade a lo dicho sobre la validez un plus formal que condiciona la efectiva obligatoriedad de las normas jurídicas. En efecto, cuando se dice que una norma jurídica es vigente, está en vigor quiere indicarse que ya no hay ninguna excusa para su cumplimiento real por parte de los destinatarios. Quiere decirse que la norma es ya una norma viva, que ha nacido para el mundo del Derecho, mientras que su derogación implicaría su muerte jurídica. Normalmente, la entrada en vigor, la vigencia de una norma jurídica depende de ciertos requisitos formales que se añaden a lo ya visto sobre la validez. Estos requisitos son, por ejemplo, el de su publicidad a través de los mecanismos de publicación de cada ordenamiento jurídico (art. 9.3 CE y 2.1 del Cc). Otro requisito es que no haya sido derogada explícita o implícitamente, lo que conlleva numerosos problemas prácticos. Precisamente, este es un aspecto en el que validez y vigencia parecen coincidir. Asimismo, debe tenerse presente la localización espacial y temporal de una norma

jurídica. El caso más problemático desde una perspectiva de técnica jurídica es el de la retroactividad o irretroactividad de las normas jurídicas. Es decir, si pueden extender o no sus efectos a hechos o acciones realizados con anterioridad a la aprobación o promulgación de esa norma. En nuestro ordenamiento jurídico, se prohibe expresamente la retroactividad de las leyes sancionadoras no favorables y las que restrinjan derechos y libertades (9.3 CE), con lo que parece entenderse que existe un amplio margen para defender la retroactividad en los demás casos.

Aunque pudiera parecer que la distinción entre validez y vigencia no tiene un sentido muy claro desde una óptica formalista, su negación pudiera acarrear problemas técnicos de envergadura. Por ejemplo, el caso de una norma válida no vigente. En efecto, una norma que ha sido aprobada y expedida y, sin embargo, no ha sido publicada o está en el período de los 20 días de la *vacatio legis* que establece el Código civil. No está vigente, pero es válida y, por tanto, posee en estado latente toda su potencia obligatoria, su obligatoriedad y no podría afirmarse que no existe como norma jurídica. De esta forma, así como puede decirse que cabe una norma válida no vigente, no cabe el caso contrario: una norma vigente no valida, porque para que una norma jurídica sea vigente es necesario que, primeramente, sea válida, exista como tal.

En cuanto al problema de la eficacia, implica entrar en un terreno bien distinto. Como señala Bobbio, «el problema de la eficacia es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de las normas jurídicas) y, en el caso de ser violada, que se haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto» (p. 35). Se trata, por lo tanto, de la conformidad de la conducta de los destinatarios con lo prescrito. El problema es bien distinto, pues que una norma sea válida no dice nada de su cumplimiento. Y, en este sentido, hay normas que son cumplidas sin mayores problemas de forma espontánea, otras para cuyo cumplimiento existe una mayor resistencia y es necesaria la aplicación de medidas coercitivas, y otras que, ni por esas, se cumplen. El problema de la eficacia reconduce, en consecuencia, a los problemas de índole social que afectan al cumplimiento de esas normas o a las razones subjetivas para la desobediencia. Pero, en todo caso, nos movemos en el terreno sociológico del Derecho.

Por último, otro concepto problemático es el de las normas «justas» o «injustas», el de la «justicia» de las normas jurídicas. También en este caso nos hemos desplazado de terreno para hablar del *valor* de las normas jurídicas. El problema de la justicia de las normas es el problema de su conformidad o no con ciertos valores o principios ideales finales que inspiran el ordenamiento jurídico. Cuando se habla de «justicia» en relación al Derecho, especialmente, se hace referencia a que el Derecho persigue

determinados fines y que estos representan valores que pretenden guiar la tarea legislativa del legislador. Pero que el Derecho persiga unos fines no quiere decir que estos sean universales, válidos para todo tiempo y lugar. Para nuestro estudio basta con tener bien presente el que el Derecho está inspirado en ciertos ideales o fines y en esto coincidirán quienes crean y quienes no crean en valores absolutos. Y el hecho de que el Derecho pueda estar inspirado en unos valores, sobre los que suele haber un consenso social mayoritario, es una razón de peso para poder criticar y, en suma, emitir juicios de valor sobre concretas normas jurídicas, si son justas o injustas.

Pues bien, lo visto hasta ahora nos da una caracterización general de estos conceptos capitales en el estudio del Derecho, pero los problemas teóricos más importantes no terminan en esta clarificación. En efecto, no son conceptos cuyo entendimiento pueda realizarse sin una interrelación entre ellos. Como ha destacado Bobbio, ha habido tres perspectivas que han intentado definir la relación entre unos y otros cayendo en un reduccionismo «que lleva a eliminar o, por lo menos, a confundir uno de los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica». Estos son: el *iusnaturalismo* que reduce la validez a la justicia; el *positivismo jurídico* que reduce la justicia a la validez; y el *realismo* que reduce la validez a la eficacia.

* El **iusnaturalismo,** en líneas generales, nos interesa porque entiende que la ley para que sea válida debe ser conforme a ciertos principios ideales de justicia. Los criterios de justicia, los valores morales inspiran la realidad del Derecho hasta tal punto que una ley no conforme con esos principios no es válida. Por lo tanto, la ley justa es la ley válida y puede decirse, en suma, que existe y que debe obedecerse. Aunque así descrito es una simplificación de la tesis iusnaturalista, lo dicho nos da una idea exacta en la materia que nos interesa.

De ello, se infiere que como el contenido justo de una ley es condición necesaria de su existencia o validez, es indispensable estar en posesión de una pauta o criterio de justicia o injusticia. En general, el iusnaturalismo entiende que éste viene dado por la existencia de valores absolutos y universales -ley eterna-, fácilmente cognoscibles. El legislador humano tan sólo confiere una cierta «eficacia» a esos valores a través de la ley positiva de forma que no puede haber conflicto ni contradicción entre esos valores universales o ley eterna y la ley humana positiva y, si los hubiere, ésta deja de ser norma jurídica, pierde toda validez. Pues el fundamento último de toda validez proviene de la ley eterna. El problema con el que se enfrenta el iusnaturalismo reside en que esos criterios de justicia, esa ley eterna, no constituyen una verdad evidente o tan demostrable como una verdad matemática. Existen muchas dudas y controversias sobre qué entender por unos principios de justicia y, en consecuencia, siempre existirán serias dudas sobre qué entender como derecho justo e injusto.

* El **positivismo jurídico** mantiene una tesis central opuesta al iusnaturalismo. Centra su atención en los problemas formales de la validez y, por ello, los positivistas suelen identificar la validez de una norma jurídica con su vigencia. Entre los positivistas, el más destacado, **H. Kelsen,** concibe la validez como la «existencia típica» del Derecho en la medida que toda norma es un imperativo, un «deber ser, y así la validez no puede ser inferida de un hecho o estar basada en él. Insiste en que la validez es «una forma específica de su existencia»; es decir que existe. En el sentido, visto más arriba coinciden validez y existencia con todas sus consecuencias y, en particular, su obligatoriedad. Si una norma es válida, esto es, existe, entonces, debe ser obedecida y, en el caso contrario, los órganos competentes deberán aplicar las medidas coercitivas pertinentes. Esta insistencia en la equivalencia entre validez y existencia, validez y vigencia, confiere al primer concepto de unos rasgos peculiares. En efecto, una norma es válida, existe, en la media que ha sido creada por el órgano competente siguiendo el procedimiento adecuado. Lo que importa no es el contenido material de la norma, sino el cumplimiento de los requisitos formales relacionados con el órgano con poder legítimo para expedir leyes y con el *iter* legislativo o normativo establecido en las normas o reglas de producción y de cambio.

Dentro de la importancia de las formalidades, es capital para saber si una norma es válida la referencia al lugar que ocupa cada norma en la jerarquía normativa. En particular, toda norma debe respetar y seguir las indicaciones de las normas jerárquicamente superiores: su validez depende de su conformidad con las normas de grado superior que disciplinan la producción de las normas jurídicas. En suma, pieza importante en la validez positivista es la formación de **cadenas de validez,** de fundamentación entre unas y otras normas, entre las que ocupan un rango inferir respeto a las de rango superior. En efecto, el positivista establece una cadenas de dependencia entre normas inferiores y superiores de forma que las superiores enmarcan, delimitan, disciplinan a las inferiores desde su contenido material, lo que debe regular, hasta los aspectos formales. **Kelsen** configura una imagen dinámica de esa dependencia: *hacia abajo,* por cuanto las superiores determinan el contenido y la forma de las inferiores; *hacia arriba,* por cuanto cada una se legitima, tiene una razón de su validez en la dependencia de la norma jurídica superior. Ahora bien, el problema reside en quién o qué legitima, da validez a las normas superiores. En opinión de Kelsen, se puede recorrer hacia arriba en la jerarquía normativa hasta la Constitución. Pero, quién o qué legitima a la Constitución. Para Kelsen, debe hacerse un recorrido histórico hasta llegar a «la última Constitución histórica», pero también se plantea el mismo problema de la búsqueda de la validez, teniendo en cuenta que el fundamento último de validez debe ser siempre otra norma. Es necesario una norma válida que, a su vez, dé validez a todo el sistema. El problema para el positivismo kelseniano culmina, finalmente, con el recurso lo que llama **norma fundamental** que daría validez al sistema jurídico

y a sus normas. Pues bien, esta norma fundamental tan importante para la existencia del ordenamiento jurídico no es una norma positiva y simplemente existe por cuanto es necesario suponer su existencia. no es muy preciso Kelsen al definir qué quiere decir. Tan sólo que tiene un carácter hipotético, que es «supuesta», que está en la mente de todo jurista, de quien trabaja con materiales jurídicos y que se concreta normalmente en el conocimiento de los grandes principios y reglas del Derecho. Consecuencia de todo ello, las normas morales no pertenecen al ordenamiento jurídico, no son obligaciones jurídicas.

Las ambigüedades últimas que afectan a la norma fundamental ha conducido a un cierto declive del positivismo y a que, a la postre, se vean obligados a rectificar alguno de sus planteamientos. Es el caso de **H.L.A. Hart,** quien también se fija, en principio, en los aspectos formales de las normas, en su vigencia. Pero, tiene peculiaridades que cambian de raíz el positivismo kelseniano. Para ello recurre a su clasificación de las normas, ya vista, según la función que cumplen en el ordenamiento. Pues bien, según Hart, cabe decir respecto a todas las normas que su validez equivale a su existencia, salvo de una: ésta es la *regla de reconocimiento.* De ésta, no cabe afirmar que es válida e inválida a la vez, sino simplemente que da validez al sistema. Por otra parte, no todas las normas conllevan obligaciones, sino que las normas secundarias, o de competencia, no llevan obligaciones. En todo caso, una norma será válida cuando satisfaga los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento, haciendo especial hincapié en que, en ella, se concreta el punto de vista interno del derecho, es decir, el consenso mayoritario o aquiescencia general sobre valores y criterios que inspiran la convivencia social y el ordenamiento jurídico.

Según Hart, para explicar el problema de la validez de una norma no es necesario recurrir a ninguna norma básica, a nada supuesto, ni algo supraempírico. La regla de reconocimiento es la norma fundamental del sistema en el sentido de que indica los criterios de validez de otras reglas. Por otra parte, no cabe predicar validez/invalidez de la regla de reconocimiento, pues, si no, habría buscar otra de rango superior que le dé validez.

* El **realismo jurídico,** por el contrario, plantea la reducción de la validez de las normas jurídicas al concepto de eficacia: tratan de descubrir «el momento constitutivo de la experiencia jurídica no tanto en los ideales de justicia en que se inspiran los hombres o en que estos dicen inspirarse, no tanto en los ordenamientos jurídicos positivos como en la realidad social en que el derecho se forma y se transforma, y en el comportamiento de los hombres que con su actuación hacen o deshacen las reglas de conducta que los gobiernan»(Bobbio, p. 46). Dan más importancia a la eficacia en oposición de los otros aspectos del fenómeno jurídico y para ello se enfrentan tanto al

iusnaturalismo como al positivismo jurídico. Para autores como A. Ross y para el realismo jurídico americano -Holmes, R. Pound, J. Frank- la llamada fuerza obligatoria del Derecho, la validez, no constituye una entidad objetiva, observable, del orden jurídico mismo. No existe un derecho objetivo, objetivamente deducible de los hechos reales. ¿Qué es entonces el Derecho? Para A. Ross, no es sino una expresión racionalizadora de ciertos hechos psicológicos. Puede hablarse de validez siempre y cuando se expresa una racionalización de las vivencia emocionales de los ciudadanos. Precisamente, la obligatoriedad del Derecho se reduce a las actitudes de los súbditos ante los mandatos provenientes de quien manda y ejerce compulsión para que se obedezca. Validez es igual a existencia efectiva, material, no formal como en el caso de Kelsen. Explica el problema de la validez recurriendo al juego de ajedrez, en el cual hay dos aspectos: las normas, que sólo son unas ideas abstractas, contenidos ideales, regulativas que incluyen directrices dirigidas a los tribunales que, en última instancia, aplican la fuerza, las medidas coactivas; y los fenómenos sociales, los movimientos de las piezas, que hace referencia a la conducta humana reglada. Por ello, en última instancia, Derecho válido es aquél que *efectivamente es aplicado* por los tribunales, quienes pueden concretar las medidas compulsivas. Las normas sólo son un esquema de interpretación de la conducta humana.

El realismo jurídico americano insiste en este último punto: que el Derecho es una permanente creación de los jueces. El Derecho es obra exclusiva del juez en el momento que decide una controversia. Hay un problema: desaparece el principio tradicional de la certeza del derecho, ¿cuál puede ser la posibilidad de prever las consecuencias de un comportamiento si el Derecho es creación del juez? Todo el Derecho queda reducido a la visión subjetiva de los jueces.

Bibliografía.-

BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho,* Valencia, Fernando Torres SA, 1980, pp. 317-332.

BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho,* Madrid, Debate, 1991, pp. 13-150.

CALVO, M., *Teoría del Derecho,* Madrid, Tecnos, 1992, pp 45-73.

DELGADO PINTO, J., *«La validez del Derecho como problema de la Filosofía jurídica»,* en Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Sichés, coord. F.E. Rodríguez García, México, UNAM, 1980, 221-260.

GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho,* Buenos Aires, Porrúa, 1985, pp. 78-96.

GARZÓN VALDÉS, E., *«Algunos modelos de validez normativa»,* en Estudios de honor del doctor Luis Recaséns Sichés, coord. F.E. Rodríguez García, México, UNAM, 1980, pp. 375-402.

HART, H.L.A., *El concepto de Derecho,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, cap. VI y IX.

KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho,* Trad. de la 2.ª edic. alemana por R.J. Vernengo, México, UNAM, 1986, cap. V.

LUCAS, J. de, y otros, *Lecciones de Introducción al Derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 117-122.

LUMIA, G., *Principios de Teoría e Ideología del Derecho,* México, Edit. Porrúa, 1990, pp. 27-34 7 38-51.

NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho,* Barcelona, Ariel, 1983, pp. 63-100.

RECASÉNS SICHÉS, L., *Introducción al Estudio del Derecho,* 8.ª edic., Buenos Aires, Porrúa, 1990, pp. 121-127 y 165-183.

RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho,* Salamanca, Librería Cervantes, 1991, pp. 155-178.

SORIANO, R., *Compendio de Teoría General del Derecho,* Barcelona, Ariel, pp. 27-120.

Quinta Lección

EL ORDENAMIENTO JURIDICO

5.1.- El ordenamiento jurídico como estructura.

Como se insiste hasta la saciedad, las normas jurídicas no están nunca solas, ni siquiera, aisladas unas de otras, sin ninguna relación, menos todavía en sistemas jurídicos complejos como los que están vigentes en las sociedades desarrolladas. La existencia de sistemas jurídicos que sólo estén compuestos por una única norma debe relegarse a una mera hipótesis especulativa. La realidad es que «las normas jurídicas no existen nunca solas, sino siempre en un contexto de normas, que tienen entre sí relaciones particulares» (Bobbio, p. 153). En efecto, cualquier texto legal o Código aparece compuesto no por un único artículo o norma jurídica, sino por una multitud de ellas, por un buen número de normas. Ahora bien, la característica principal que posee esa multitud de normas es que no se presentan como un mero agregado, como una mera yuxtaposición, como un conjunto de normas sin conexión entre sí. Los sistemas jurídicos actuales no están formados por normas que componen una masa informe, un conjunto formado por mera acumulación o sedimentación colocándose una encima de otras a medida que van creando. Por el contrario, se dice, tienen entre sí unas sólidas relaciones de forma que componen un estructura, una red de normas. Y todo ello vertebra una totalidad, un conjunto organizado sistemáticamente.

Pues bien, esta idea que parece tan evidente, el que las normas forman un estructura sistemática con sus interrelaciones, ha sido una idea que ha costado bastante tiempo que surgiera y que se extendiera en la Teoría del Derecho. En efecto, la Teoría

del Derecho tradicional siempre centró su atención en el estudio de la estructura de la norma jurídica en tanto que elemento simple de la experiencia jurídica desde la perspectiva formal. Nunca llegó a preocuparse por trasladar su enfoque al todo, a la globalidad que forman, y por el descubrimiento del tipo de relaciones que se establecen entre ellas. Es decir, de que forman un sistema en el sentido más utilizado en la actualidad. Sí que había habido interés por algo denominado «sistema» en alguna de las corrientes del pensamiento jurídico desde los inicios del derecho romano hasta la Escuela Histórica del Derecho y Savigny. Pero, la misma idea del Derecho como sistema, como ordenamiento jurídico tiene una fecha concreta. Incluso, el término «ordenamiento jurídico» no ha existido en el lenguaje jurídico hasta fechas recientes. En efecto, en la terminología jurídica se solía utilizar término como «ley», «derecho», «ius», pero no «ordenamiento jurídico». Es mérito de la ciencia jurídica italiana de primeros de siglo la creación de la expresión misma que se consagra en el libro de Santi Romano *L'Ordinamento giuridico,* publicado en 1917. Sin embargo, será Kelsen y el positivismo jurídico quienes creen *ex novo* una teoría completa sobre el ordenamiento jurídico, esto es, como conjunto unitario y sistemático de normas.

La verdad es que el término original «ordinamento giuridico» no tiene parangón en castellano, lo que no sucede en otros idiomas (en Alemán *Rechtstordnums*). Pero rápidamente se extendió en la dogmática y en la teoría española con un traducción literal: ordenamiento jurídico, que, desde entonces, es el termino habitual para referirnos al Derecho como sistema. Su uso se ha extendido llegando incluso a aparecer en los textos legales con total normalidad, aunque no todos los teóricos lo aceptan pacíficamente. Hay quien dice que «lo menos peyorativo» que se puede decir de él es «que se trata de un burdo italianismo», «totalmente inaceptable en la prosa legal».

En realidad, Santi Romano se sirvió de este término no tanto para referirse a un conjunto de normas como para enfrentarse a la teoría normativa tradicional elaborando lo que se conoce como «teoría de la institución». «En efecto, el ordenamiento jurídico se identifica para S. Romano con la institución entendiendo por tal un ente o cuerpo social organizado. El ordenamiento jurídico es la organización social, el cuerpo social organizado, el sistema social organizado» (J. de Lucas, p. 133).

Será la teoría del Derecho la que incorpore este concepto «ordenamiento jurídico» a la terminología y a la reflexión sobre la experiencia jurídica y, precisamente, para referirse no al conjunto de la organización social, sino al Derecho como conjunto coordinado de normas. Resulta que en lugar de oponerse a la teoría tradicional ha sido su culminación. Entre quienes tienen el mérito de haber logrado este éxito se encuentra, especialmente, Kelsen. «Separar los problemas del ordenamiento jurídico de los relativos a la norma jurídica, y estudiar autónomamente, los primeros, como parte de

una teoría general del derecho, ha sido obra principalmente de Kelsen, por lo cual es justo considerarlo como uno de los juristas más brillantes, está precisamente el de haber tenido plena conciencia de la importancia de los problemas conexos a la existencia del ordenamiento jurídico y de haberles dedicado particular atención ... (L)o que interesa es que quizá por primera vez en el sistema de Kelsen la teoría del ordenamiento jurídico constituye una de las dos partes de una teoría completa del derecho» (Bobbio, p. 155). Las aportaciones de Kelsen fueron, luego, reelaboradas tanto por Hart, que veía en el ordenamiento jurídico la unión entre normas primarias y secundarias, como por Bobbio , que completará el pensamiento kelseniano con su tesis de que el ordenamiento jurídico es un conjunto coordinado de normas.

Pero, ¿qué quiere decirse con la idea de que el Derecho se conforma como un ordenamiento jurídico? Especialmente, quiere decirse que el Derecho, ese conjunto de normas jurídicas, no es una masa informe, amorfa, una mera yuxtaposición por sedimentación de normas, sino que tiene un estructura, que forma un sistema donde existen relaciones especiales entre ellas. Y que es el sistema el que da la razón de ser a la propia norma jurídica. Con ello, se ha producido una inversión en la perspectiva: «mientras que para la teoría tradicional, un ordenamiento jurídico se compone de normas jurídicas, para la nueva perspectiva, normas jurídicas son aquellas que forman parte del ordenamiento jurídico. En otros términos: no hay ordenamiento jurídicos porque existan normas jurídicas distintas de las normas no jurídicas, sino que existen normas jurídicas porque existen ordenamientos jurídicos distintos de los ordenamientos no jurídicos» (Bobbio, p. 161).

Pues bien, que el ordenamiento jurídico tenga una «estructura», un «sistema» tiene sus implicaciones. Primero de todo, que ese conjunto de normas está vertebrado por una serie de relaciones especiales entre las normas formando entre ellas una estructura, una red jerarquizada verticalmente de normas. Estas relaciones son de *coordinación* entre normas de un mismo rango y de *subordinación* entre las de distinto rango de forma que las normas superiores limitan y enmarcan formal y materialmente la existencia de las normas inferiores. Por otra parte, significa también que es un sistema *dinámico* con un conjunto de reglas que permiten la transformación, la movilidad y flexibilidad del ordenamiento jurídico, en definitiva, que perviva gracias al poder de modificar sus normas. A su vez, para el pensamiento positivista, el sistema jurídico aparece como un sistema *autosuficiente y cerrado,* en tanto que para ser comprendido como tal no precisa de un referente externo, sino que se vale a sí mismo para justificar su existencia y ordenarse como un sistema estructurado.

Como punto final de esta caracterización previa, resulta que, según el positivismo jurídico -en particular, el de Kelsen y Bobbio-, todo ordenamiento jurídico está

estructurado en torno a tres principios: el principio de *unidad,* el de *plenitud* y *coherencia* del ordenamiento jurídico. Son los principios que conviene estudiar a continuación. Primero, explicaremos qué son las fuentes del Derecho y cómo se configura el ordenamiento en grados.

5.2.- Las fuentes del derecho. El sistema de fuentes en el derecho español.

El ordenamiento jurídico aparece, por tanto, como un conjunto coordinado de normas. Esta coordinación se manifiesta en la existencia de una estructura jerarquizada. Además, el ordenamiento jurídico es un sistema dinámico, con mecanismo para transformarse a través de la creación y modificación de normas. Al caracterizar así al ordenamiento jurídico, cobra una especial importancia la existencia de «fuentes del Derecho» y su organización en niveles o rangos normativos. Esto es lo que vamos a tratar en este epígrafe, con particular referencia al ordenamiento jurídico español.

Por «fuentes del Derecho» se entienden los «modos o formas de producción de normas que existen en todo ordenamiento jurídico. Técnicamente, son «aquellos actos de los que el mismo ordenamiento hace depender la creación, modificación o extinción de las normas jurídicas» (Lumia 57 y Bobbio, p. 170). O sea, que existen mecanismos en el ordenamiento jurídico cuyo objetivo es regular la creación de otras normas jurídicas. En suma, hace referencia al origen o procedencia de las normas y a los mecanismos y procedimientos que se siguen en la creación de normas. «Lo que interesa resaltar en una teoría general del ordenamiento jurídico no es tanto cuántas y cuáles sean las fuentes del derecho ..., como el hecho de que, en el mismo momento en el cual se reconoce que existen actos o hechos de los cuales se hace depender la producción de normas jurídicas (precisamente, las fuentes del derecho), se reconoce también que el ordenamiento jurídico, más allá de regular el comportamiento de las personas, *regula también el modo como se debe producir la regla «* (Bobbio, p. 171).

Precisamente porque hace referencia al origen de las normas, las fuentes del Derecho pueden ser *formales,* cuando nos fijamos en el modo básico a través de los cuales se exteriorizan las normas jurídicas, o *materiales* cuando nos fijamos en los procesos sociales que permiten crear normas jurídicas. El procedimiento formal de creación en oposición a la aceptación material de las personas que participan en esos procesos sociales regulados por el Derecho. Actualmente, en líneas generales, los sistemas jurídicos priman los aspectos formales de las fuentes del Derecho.

El hecho importante al hablar de las fuentes del Derecho es que se hace referencia a que las normas no se disponen en mismo plano o nivel normativo, sino que están dispuestas en niveles distintos, en rangos distintos según su importancia en el ordenamiento. Es decir, que las normas están estructuradas jerárquicamente, que están articuladas de acuerdo a un principio de jerarquía normativa, por el cual se gradúan las diferentes normas según su importancia y el nivel que ocupan en el ordenamiento jurídico. «Como consecuencia de la presencia de normas superiores e inferiores en un ordenamiento jurídico, éste tiene una estructura jerárquica. Las normas de un ordenamiento están dispuestas en orden jerárquico» (Bobbio, p. 173). Ha habido autores inspirados en la teoría de Kelsen que han perfilado esta jerarquía como una *pirámide normativa* colocando en la cúspide a la Constitución por su importancia, luego las leyes en sentido técnico, en un plano inferior la multitud de normas reglamentarias y, por último, los actos que implican una ejecución de las normas superiores, actos administrativos y sentencias. Sigue diciendo Bobbio que «por lo general, la estructura jerárquica de un ordenamiento se representa con una pirámide, por lo que también se habla de construcción piramidal del ordenamiento jurídico. En esta pirámide el vértice está ocupado por la norma fundamental, y la base está constituida por los actos ejecutivos (p. 175).

Pues bien, al estar estructurado jerárquicamente, se señala un aspecto importante en la relación entre unas normas y otras: que las normas de grado superior especifican los límites a los que deben sujetarse las normas de grado inferior: los *límites internos o materiales,* fijando requisitos materiales referidos al contenido de las normas, y los *límites externos o formales,* los referidos a la forma que debe seguirse para su creación o transformación. «Cuando un órgano superior atribuye un poder normativo a un órgano inferior, no le atribuye un poder ilimitado, puesto que al hacerlo establece también los límites dentro de los cuales puede ser ejercido dicho poder normativo. Tanto el ejercicio del poder negocial como el ejercicio del poder jurisdiccional están limitados por el poder legislativo, y éste, a su vez, está limitado por el poder constitucional. A medida que se desciende a lo largo de la pirámide, el poder normativo está cada vez más circunscrito ... Se habla de límites *materiales* y de límites *formales.* El primer tipo de límites tiene que ver con el contenido de la norma que el inferior está autorizado para dictar, y el segundo tipo se refiere a la forma, esto es, al modo o al procedimiento por medio del cual el inferior debe dictar la norma. Desde el punto de vista del inferior, puede observarse que éste recibe un poder limitado, en relación con *aquello* que puede mandar o prohibir, o respecto de *cómo* puede mandar o prohibir» (p. 176-77).

* Este esquema sobre las fuentes del derecho y la ordenación en grados puede aplicarse perfectamente al sistema jurídico español. Como todo ordenamiento que se ha ido gestando en el tiempo, tiene sus peculiaridades. En el caso español y con carác-

ter general para todas las ramas del ordenamiento, los dos puntos de referencia ineludibles son la Constitución Española de 1978 y el artículo 1 del Código Civil. Sin embargo, no es superfluo tener bien presente que la aprobación y promulgación de la Constitución ha sido un hito importantísimo en la configuración de nuestro ordenamiento, que hasta entonces estaba estructurado por el Título Preliminar del Código civil -por cierto, reformado en profundidad en 1974-, que, además, es una fuente y una regulación subsidiaria del resto de ramas jurídicas. Conviene aclarar desde un principio que los problemas acarreados por esta superposición en el tiempo de normas de diferente rango no son pocos. Pero, veamos muy someramente algunas ideas y cuestiones que surgen de esta regulación sin que olvidemos que son muchos los problemas planteados por nuestro sistema de fuentes.

En el artículo 1.1 del Código Civil se regulan las fuentes del Derecho en su *sentido formal:* estas son «la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». A esto hay que añadir la obligación inexorable, el deber inexcusable que tienen jueces y magistrados en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de acuerdo a este sistema de normas, según el art. 1.7 del CC. Ello supone que no se puede tomar ninguna decisión al margen de este sistema. Pero, este artículo del CC establece también un sistema de prioridades entre las fuentes. Primeramente, la *ley* es la fuente principal del derecho como corresponde a un sistema jurídico perteneciente a la familia del Derecho continental. En sentido técnico-formal, la ley es la fuente primera de nuestro ordenamiento y el recurso ineludible de cualquier decisión jurídica. Se entiende por ley aquellos textos que especifican normas jurídicas empleando el término en un sentido muy amplio. Por un lado, el sentido más restringido o técnico, que contempla la ley como el conjunto de normas aprobadas por los Parlamentos o Cortes siguiendo el procedimiento adecuado; por otro lado, un sentido más amplio, en el que se incluyen no sólo las leyes de las Cortes, sino también toda la serie de normas reglamentarias que pueden establecer el Consejo de Ministros y los órganos superiores de la Administración en su diferente configuración. En un segundo plano, la *costumbre* es también fuente de Derecho. Es una fuente secundaria o subordinada que determinará las normas a aplicar en casos muy concretos. En la actualidad, la costumbre tiene muy poca o escasa relevancia dada la primacía de la ley como fuente del Derecho, pues sólo cabe con carácter supletorio, esto es, en defecto de ley (art. 1.3 y 2.2 del C.C.), y, además, debe ser probada. Por lo demás, la costumbre tuvo su importancia en el Derecho histórico y en los ordenamientos jurídicos primitivos. Tiene su origen en las prácticas sociales, en las acciones que realizan los individuos en la comunidad, exigiéndose para que tengan el carácter de «jurídicas» su reiteración, generalizada y uniforme, y la aceptación de su normatividad u obligatoriedad por parte de la comunidad en la que es eficaz. Es, por tanto, la constante y uniforme repetición de un determinado comportamiento realizado con la conciencia de su obligatoriedad. Por ello mismo, no cabe identificar la

costumbre con el mero uso social, aunque son muchas sus similitudes. Por último, en el último escalón de las fuentes del Derecho español se menciona a los *principios generales del Derecho* por detrás de la ley y la costumbre. La dificultad por identificar y definir qué son estos principios generales del derecho, que sólo se aplican en defecto de ley y costumbre y que no aparecían en los precedentes legislativos anteriores, ha llevado a realizar lecturas de lo más variadas: desde iusnaturalista hasta positivista. Al margen de la polémica, su incidencia real en la vida jurídica es, más bien, escasa y suelen ser citados para reforzar un criterio o un opinión para darle una mayor fuerza de persuasión.

La entrada en vigor de la Constitución no modificó sustancialmente este sistema de fuentes en sentido formal, pero, con todo, ha alterado profundamente aspectos relevantes. Sobre todo, se ha acentuado su complejidad. Sigue siendo la ley la fuente principal de nuestro ordenamiento jurídico y en su defecto la costumbre y en defecto de ambos los principios generales del Derecho, pero los cambios han sido de importancia. Primero de todo, suele indicarse como un cambio relevante la constitucionalización de nuestro ordenamiento jurídico, esto es, que, por primera vez en nuestra historia constitucional una Constitución recoge y estructura todo el sistema jurídico. Y esto tiene consecuencias relevantes: que la Constitución se ha convertido en fuente de Derecho, ocupando la cúspide de la pirámide normativa desplazando así a la ley (art. 9.1 CE) ; que se regulan en la Constitución los principios básicos del ordenamiento jurídico (art. 9.3 CE); que el ordenamiento jurídico se encuentra amparado por la eficacia directa de la Constitución que es ahora la *norma normarum,* norma suprema de todo el ordenamiento. Es una norma jurídica que no puede ser vulnerada por las demás leyes, aspecto éste totalmente novedoso, no reconocido en las anteriores Constituciones. Otro cambio importante derivado de la promulgación de la Constitución es la introducción de nuevos tipos de leyes junto al concepto tradicional de ley. Junto a las *leyes ordinarias,* esto es, las que antes se consideraban en sentido técnico, las que son aprobadas por los órganos legislativos, aparecen las leyes *orgánicas,* los *Decretos-Leyes* y los *Decretos legislativos,* cada uno con sus peculiaridades formales y materiales (arts. 81, 86 y 82 CE). Igualmente, es importante por las consecuencias que se derivan la introducción de una nueva organización territorial en el ámbito del Estado con el Título VIII, que configura el «Estado autonómico». Pues bien, como consecuencia de esta nueva configuración resulta que la Comunidades Autónomas van a gozar de un Estatuto de Autonomía, que será una especie «Constitución» a pequeña escala en donde se estructura la Comunidad y se regulan sus competencias, y que, además, van a poder establecer leyes ordinarias en las materias de su competencia y dentro del marco del Estatuto de Autonomía y para el territorio de la Comunidad. Pues bien, entre otras cosas, este cambio ha supuesto que, junto al principio de jerarquía normativa que estructura en rangos al ordenamiento jurídico,

se introduzca un nuevo principio: el *principio de competencia,* por el cual se establece una reserva por razón de la materia objeto de regulación para que sean determinados órganos y no otros (o Cortes Generales o Parlamentos autonómicos) los que legislen. Cabe hablar así de leyes de las CCAA.

A este esquema general, muy resumido, de las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico faltan algunas precisiones de interés, pero que sólo voy a dejar apuntadas. Como ya anticipé, este esquema se fija solamente en los aspectos formales de las fuentes del Derecho, las fuentes en sentido técnico tal como aparecen en la legislación y en la Constitución. Sin embargo, el esquema de fuentes varía cuando nos fijamos en los aspectos materiales del mismo. Sólo en este sentido cabe discutir si la jurisprudencia, la doctrina científica y las normas jurídicas negociables -entre otros, los contratos, los convenios colectivos- son o no fuente del Derecho. Argumentos de peso son esbozados tanto en un caso como en otro y la cuestión no está exenta de polémica. La jurisprudencia es la opinión reiterada, la doctrina que emana de los más altos Tribunales al interpretar y aplicar las normas. En el caso español, el art. 1.6. del C. Civil se refiere a «la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», aclarando que su función es «complementar» al ordenamiento jurídico. Según esta regulación, la jurisprudencia no es fuente del derecho, tan sólo debe complementar con su doctrina. Pero, el hecho de que los términos no sean muy claros obliga a relativizar esta opinión. En efecto, la función principal de la doctrina del Tribunal Supremo es dar uniformidad a las interpretaciones y aplicación de la ley con el fin de garantizar la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, dotando así al ordenamiento de la certeza necesaria. Pues bien, en base a esta función y a la existencia de recursos extraordinarios, recurso de casación, que pueden presentarse alegando «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia» parece conducir al reconocimiento del valor normativo de las sentencias del TS, pues los órganos jurisdiccionales inferiores siempre juzgarán siguiendo la doctrina jurisprudencial ante el riesgo de que sus decisiones sean recurridas por infracción de la jurisprudencia. Por otra parte, hay quien analizando la naturaleza de las sentencias defiende que el «fallo» de las sentencias, donde se resuelve el litigio, opera como un derecho concreto entre las partes afectadas, esto es, que dada la eficacia que tiene se trata de una norma particular para el caso concreto. Tiene virtualidad para el litigio y se agota una vez se ha resuelto y ha sido ejecutada la sentencia.

Más interesante parece ser el debate en torno a la validez normativa de las sentencias del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional aparece en el articulado de la Constitución y en la Ley Orgánica que lo desarrolla como un órgano de naturaleza híbrida: por una lado, es un órgano constitucional, esto es, político pues su

objetivo es interpretar la Constitución; por otro, es jurisdiccional, en la medida que juzga y emite sentencias con valor de cosa juzgada. En cumplimiento de sus funciones, resulta que sus decisiones constituyen una fuente del derecho. «Además de esta función genérica de dar un contenido concreto a los preceptos y principios constitucionales, al resolver sobre la adecuación o no adecuación de una ley a la Constitución, el Tribunal Constitucional actúa bien como legislador negativo o bien, en algunos casos, como legislador positivo. En el primero de los supuestos, la ley o preceptos de la ley declarados inconstitucionales dejan de ser válidos y, en consecuencia, no obligan. En el segundo, cuando el TC emite una sentencia interpretativa, señalando que una ley o determinados preceptos de una ley sólo son constitucionales si se interpretasen un determinado sentido, no hace sino sustituir al legislador indicando cuáles son las interpretaciones válidas de esa ley o esos preceptos» (Calvo, p.89).

En torno a la doctrina científica, parece claro que no pertenece al sistema de fuentes. Con este término se hace referencia al conjunto de estudios efectuados por los profesionales del Derecho sobre el ordenamiento jurídico o sobre cuestiones particulares que afectan a la práctica ordinaria. Ciertamente, tienen una autoridad o reputación, pero su función sólo puede ser la de ayudar al legislador o a quien aplica el Derecho. Respecto a las normas de carácter negocial, su estatuto como fuente es dudoso, pero hay quien afirma que es fuente del Derecho para aquellos que voluntariamente han pactado y han convenido que determinadas cláusulas regulen sus relaciones jurídicas. Son ejemplos: los negocios jurídicos y contratos en general, testamentos, convenios colectivos. En todos esos supuestos juega el principio de «la autonomía de la voluntad» de forma que lo convenido tiene fuerza de ley entre las partes como especifica el 1091 del CC.

5.3.- La unidad del ordenamiento jurídico.

Hablar de *unidad* del ordenamiento jurídico implica presuponer la existencia en el mismo de una pluralidad de normas, así como de su variedad, y de la complejidad que entraña todo el sistema. Presupone la idea de un ordenamiento compuesto por muchas normas, no únicamente de una sola, y es precisamente por esta variada y compleja composición que cabe hablar de unidad del ordenamiento jurídico. La discusión sobre la unidad del ordenamiento jurídico es capital para el positivismo jurídico, primera característica de esta corriente de pensamiento, aunque las viejas teorías, sobre todo iusnaturalistas, ya defendían la existencia de una unidad entre las normas, pero su fundamento era bien distinto del propugnado por el positivismo. Se diferencian, especialmente, en el distinto *modo* de concebir la unidad del Derecho. Mientras

que para el iusnaturalismo propugna una unidad material, de contenido, entre todas las normas, el positivismo prefiere una unidad formal. Los primeros consideran que la unidad se garantiza mediante una derivación lógica, la que se efectúa entre una norma y otra a partir de una norma general que es la base del sistema y que constituye un principio moral autoevidente. El positivista habla de unidad no porque se deduzcan unas de otras, sino porque proceden de una misma autoridad y todas pueden ser reconducidas a una misma fuente originaria constituida por el poder legitimado para crear normas. La diferencia, por tanto, es considerable entre ambas corrientes, aunque exista un parecido sobre la existencia de unidad del Derecho.

El origen del problema de la unidad del ordenamiento jurídico estriba en la existencia de esa pluralidad de normas vigentes en una comunidad y en el hecho de que las fuentes del Derecho son muchas y variadas, tal y como quedó reflejado en el epígrafe anterior. Ello hace que en una visión general el panorama normativo sea muy variopinto: normas jurídicas establecidas por el poder legislativo, otras que pertenecen al ordenamiento por recepción de otros ordenamientos, o también son establecidas por otros órganos por delegación, o, incluso, porque la Constitución y otras normas básicas regulan su competencia normativa. Ya vimos cómo las fuentes del Derecho en el caso español presentan una gran variedad de formas normativas y que éstas se ordenan en grados, en niveles según el principio de jerarquía normativa, y la incidencia del principio de competencia tras la promulgación de la Constitución. A pesar de todo sólo cabe afirmar la existencia de una unidad en el ordenamiento jurídico. Pero, ¿cómo se conjuga esa variedad y complejidad de las normas con la pretensión de unidad del orden jurídico? Hagamos un repaso a algunas de las versiones actuales sobre la unidad del ordenamiento jurídico.

* Quien estuvo realmente interesado por fundamentar la unidad del ordenamiento jurídico fue **H. Kelsen.** Este autor vienés se inspiró en buena medida en «la teoría de la construcción escalonada del ordenamiento» que formuló Adolf Merkl. La idea clave de Kelsen se centra en que la unidad del ordenamiento jurídico está garantizada por la existencia de una *norma hipotético fundamental.* Este es un presupuesto lógico que sustenta todo el sistema y que el autor define como una norma jurídica hipotética y supuesta, no impuesta por ninguna autoridad.

Pero, para entender la aportación de Kelsen, tenemos que tener en mente la configuración plástica que hace del ordenamiento. Distingue, primero de todo, entre sistemas jurídicos estáticos y dinámicos. Los primeros son aquellos, propios del iusnaturalismo, basan la unidad del ordenamiento en una deducción lógica y en base a una unidad del contenido en el sentido visto con anterioridad. Por el contrario, un sistema dinámico es aquél que logra la unidad a través del principio de jerarquía normativa, es

decir, la construcción en grados de las normas diseñando así una estructura vertical normativa. Esta configuración presupone que hay normas que tienen un rango superior ya sea porque sustentan todo el ordenamiento o porque perfilan los límites formales y materiales del resto de normas. El ordenamiento queda estructurado como un pirámide en la que en los niveles superiores se colocan las normas más importantes y en los inferiores la masa de normas de menor rango hasta llegar a los actos de ejecución. Se delinea así una escala que puede leerse tanto en sentido ascendente como descendente. En sentido descendente, se pergeñan unas cadenas de validez como ya vimos en el tema correspondiente. Es decir, las normas adquieren su validez por el modo de producción, si ha sido producida en conformidad con los límites prescritos por la norma superior, en particular el procedimiento y el órgano competente para hacerlo, y no por el contenido. «El ordenamiento jurídico se presenta así como una construcción jerárquica (o construcción en grados) en la que cada norma obtiene su validez de una norma de grado superior y a su vez otorga validez a las normas de grado inferior: proceso que legitima los actos administrativos, las sentencias y demás actos de ejecución» (J. de Lucas, p. 137).

Se puede también efectuar un estudio ascendente de los procesos de validez de las normas. La validez de los actos de ejecución se logra por referencia a la conformidad con las norma superior, normalmente reglamentarias, éstas, a su vez, por igual referencia a normas superiores, textos legales, hasta llegar a la Constitución, que en el derecho positivo aparece como la instancia última de validez y legitimación de las normas jurídicas. Se coloca en la cúspide de la pirámide normativa. Pero, «¿son las normas constitucionales realmente las últimas normas, después de las cuales no se puede seguir?» (Bobbio, p. 179). ¿De dónde procede la validez de la Constitución misma que confiere validez a todo el sistema jurídico? De la norma *hipotético-fundamental.* En efecto, para Kelsen, para dotar de validez a la Constitución vigente hay que recurrir a la anterior Constitución histórica que en el tiempo justifica su existencia y, a su vez, hacer lo mismo con ésta y las sucesivas en un proceso de indagación; sin embargo, ésta no puede ser infinita. El proceso de búsqueda tiene que culminar en un punto en el cual se haya encontrado a una norma que sustente a todo el ordenamiento y dé validez a las normas jurídicas evitando este recurso al infinito. Esta norma es la norma fundamental que se constituye así en norma básica sobre la cual se funda todo el sistema y, no obstante, ella no se funda en ninguna y, al mismo tiempo, a través de ella se logra la unidad de todo el sistema. ¿Qué es la norma fundamental? La norma fundamental no es expresa como el resto de normas, es una norma hipotética y, como tal, es supuesta. Es el criterio supremo que permite establecer la pertenencia de una norma a un ordenamiento. «Es una convención o, si se quiere, una proposición evidente que se coloca en el vértice del sistema porque con ella se pueden relacionar todas las otras normas» (Bobbio, p. 182). «La norma fundamental no es una norma

positiva, esto es, no es una norma expresa, *puesta* por un legislador, sino que es simplemente *presupuesta* con el doble fin de dar validez a todo el ordenamiento y de reducir a unidad las normas concretas que lo constituyen» (Lumia, p. 66).

A la pregunta «¿en qué consiste la norma fundamental?», la opinión más común es que Kelsen no fue muy claro, incluyendo las dudas sobre el carácter realmente histórico de ese proceso de búsqueda de Constituciones sin referencia a hechos de ruptura, revolucionarios, que muchas veces explican el origen de algunas Constituciones mucho mejor que por su relación con las anteriores. Pero, la norma fundamental no es histórica ni real. Sólo especifica que «es una norma que los juristas presuponen para admitir como válido todo el orden jurídico» (J. de Lucas, p. 137). Finalmente, parece que toda su construcción se apoya en el hecho de que el ordenamiento jurídico es eficaz, esto es, realmente obedecido por los ciudadanos, con lo que finalmente, validez y eficacia coinciden en el vértice de la pirámide. «Un ordenamiento es válido en la medida en que es eficaz, es decir, en la medida en que los componentes del grupo conforman en general su comportamiento a las normas del ordenamiento» (Lumia, p. 67).

Son muchas las vaguedades en la descripción de Kelsen de la norma fundamental y eso ha hecho que reciba muchas críticas. No acaba por precisar el significado y la justificación de esa norma, lo que acaba por debilitar el sistema dada la importancia de su función. Además, la simbiosis entre validez y eficacia es tomada como un valor absoluto resta valor a la norma fundamental, pues, a la postre, y a pesar de su definición, todo se reduce a una obediencia generalizada al sistema, para lo cual no hacía falta postular más entes de los estrictamente necesarios.

* **H. L. A. Hart** ha profundizado y desarrollado algunos de los aspectos de la Teoría del Derecho de Kelsen. Aunque, todo hay que decirlo, su formación y buena parte de su bagaje intelectual responde a los presupuestos de la jurisprudencia analítica. Para explicar la cuestión de la unidad del ordenamiento jurídico recurre, sobre todo, a dos aspectos de su pensamiento sobre el Derecho: a la regla de reconocimiento y a la doble perspectiva –punto de vista *interno* o *externo*– desde la cual se puede contemplar al Derecho. La validez de una norma depende de la regla de reconocimiento. En efecto, una norma es válida, pertenece a un ordenamiento jurídico, cuando cumple los criterios establecidos en la regla de reconocimiento. Es decir, resuelve el problema de la validez no recurriendo a las cadenas de validez y a la estructura jerárquica, sino a la satisfacción de determinados criterios que se recogen en la regla de reconocimiento. Con ello, pretende evitar alguna de las objeciones esbozadas contra la hipótesis de Kelsen. En particular, porque, como vimos, la regla de reconocimiento no es una norma presupuesta o una mera hipótesis, no es algo vago o impreciso, sino que es una norma positi-

va, una regla que se manifiesta en una práctica social cuando es reconocida y utilizada por jueces y magistrados, funcionarios y ciudadanos. La unidad del sistema viene así garantizada por la existencia de esta regla de reconocimiento.

La importancia de la regla de reconocimiento y de su función en el sistema como vehículo de validez crece cuando se conecta con su distinción entre el punto de vista *interno* y *externo*. En efecto, para Hart, la experiencia jurídica puede ser contemplada desde esa doble perspectiva: la de quienes aceptan las normas y la adoptan como modelo de su comportamiento porque creen en la bondad y corrección de los criterios básicos del sistema, y la de quienes, como un observador imparcial, sin aceptarlas, obedecen por temor a la reacción en el caso de incumplimiento. Así, la regla de reconocimiento puede ser contemplada desde dos caras: como norma fundamental por quienes consideran que es importante para dar validez a todo el ordenamiento, y la aceptan; y desde el otro, aparece sólo como un hecho constatable en tanto que puede observarse su aceptación por razones de prudencia.

Hart ha recibido también una serie de críticas. Las más importantes han provenido de un conspicuo iusnaturalista, R. Dworkin, quien sostiene que Hart se olvida de que en un sistema jurídico no sólo existen normas, sino también principios que son los que dan validez a todo el sistema, y no la regla de reconocimiento que no serviría para el papel conferido por Hart. Rechaza la tesis de la existencia de esa regla y, en general, su positivismo matizado. En una vuelta al iusnaturalismo, son los valores y principios del sistema jurídico, que el juez puede descubrir con estudio y reflexión, los que dotan de validez a las normas y al propio sistema.

Como consecuencia de todos estos comentarios cada vez más se extiende la idea de que la unidad del sistema deriva del reconocimiento que los ciudadanos dispensan respecto a los órganos que aplican el Derecho.

5.4.- La coherencia del ordenamiento jurídico y el problema de las antinomias.

El que pueda calificarse al ordenamiento jurídico no como una mera superposición de normas, sino como una globalidad sistemática, implica una determinada forma de concebir su estructura. Se puede hablar de que el ordenamiento jurídico posee una *unidad*, en la medida en que se organiza jerárquicamente de forma que las normas superiores señalan los límites en la creación y modificación de las normas. Pero, además de esta concepción unitaria, se deriva que las normas deben ordenarse sistemáticamente y esto implica que debe ser coherente y pleno. «Una estructura no es

realmente tal si incluye en su seno contradicciones y si no es autosuficiente, es decir, si la totalidad que la constituye, no es coherente y plena» (Lumia, p. 77). Y un ordenamiento es coherente «si no permite más que una calificación para cada comportamiento», y pleno, si regula de una forma (obligación, prohibición, permiso) cada comportamiento. Es decir, un ordenamiento es coherente cuando regula un comportamiento de una única modalidad o carácter y sólo de una, y es pleno cuando en su regulación contempla una solución para cada caso. «Por plenitud se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cualquier caso. Puesto que la falta de una norma se suele llamar 'laguna', plenitud significa ausencia de lagunas. Por su parte, la coherencia del ordenamiento jurídico consiste en la ausencia de antinomias, en que en el mismo no haya antinomias, esto es, normas que sean incompatibles entre sí» (J. de Lucas, p. 139).

En efecto, con la existencia de antinomias y de lagunas estamos haciendo referencia a dos defectos que aparecen el la experiencia jurídica y que enturbian el ideal positivista del ordenamiento como un sistema coherente y pleno. De ahí que la cuestión haya tenido diferentes respuestas que, dentro de este ámbito, intentan resolver estos problemas. Como ha puesto de manifiesto Carnelutti, la falta de coherencia y de plenitud del ordenamiento se presenta como dos vicios de una naturaleza parecida. En el caso de las antinomias, estamos ante un vicio por exceso, porque lo que hay es una exuberancia de normas, hay más normas; en el caso de las lagunas, estamos ante un vicio por defecto, porque lo que hay es una deficiencia, una ausencia de normas, no hay normas. En el primer caso, el ordenamiento debe purgar las normas, mientras que en el segundo integrar. Como dice Bobbio, «la incoherencia de sistema es aquélla situación en la cual hay una norma y otra incompatible con la primera; la no plenitud es la situación en la cual no hay una norma, ni ninguna otra incompatible». Precisamente, porque estos vicios se dan en la experiencia jurídica es necesario que se planteen soluciones que corrijan estos errores.

La coherencia del ordenamiento quiere decir que no hay más que una solución para cada caso y sólo una. Como consecuencia se niegan la existencia de antinomias, esto es, de varias normas que confluyen en una misma regulación y que son incompatibles. La realidad muestra que la coherencia es más un ideal que un hecho. Basta con echar una ojeada al ordenamiento para observar que esto no es así, que hay continuas y numerosas antinomias, esto es, normas incompatibles. Con todo, el positivista sigue defendiendo la validez de su ideal. Así, el principio positivista dice que dos normas incompatibles (o antinómicas) no pueden ser entrambas válidas, o se, una de las dos es válida y la otra no. Para el ideal positivista, la compatibilidad de una norma con su ordenamiento es *condición necesaria* para su validez. El problema es ahora identificar esas incompatibilidades y encontrar criterios para resolverlas.

El primer problema, por tanto, es *definir e identificar las antinomias*. Una antinomia existe cuando hay un conflicto entre normas, cuando dos o más normas que tengan un mismo objeto prescriben soluciones incompatibles. Pero, ¿cuándo existe una antinomia? Para contestar a esta pregunta, quienes estudian la cuestión -en concreto, Bobbio y sus seguidores- recurre al elemento del ***carácter*** de la norma, esto es, al modo o modalidad con la cual el ordenamiento regula un comportamiento. Y estos son, como sabemos: toda norma jurídica regula una obligación, una prohibición o un permiso. Se entiende que la prohibición es una forma de obligación negativa y que los permisos son positivos, si posibilitan hacer algo, y negativos, si no posibilitan hacer algo. Para explicar la relación entre estas modalidades (obligación positiva, obligación negativa, permiso positiva y permiso negativo), suele utilizarse un gráfico traído de la lógica simbólica que muestra las incompatibilidades. Permite definir las contradicciones. De esta forma, se señala que existe una antinomia o incompatibilidad entre una obligación y una prohibición, entre una obligación y un permiso negativo y entre una prohibición y un permiso positivo. Son incompatibles dos normas **contrarias** (obligación y prohibición) entre sí en el sentido de que no pueden ser válidas al mismo tiempo, pero pueden ser inválidas al mismo tiempo porque es posible una tercera norma válida (permiso). La misma acción no puede ser, al mismo tiempo, mandada y prohibida, pero puede ser ni mandada ni prohibida, puede ser un permiso. Además, son incompatibles también las normas **contradictorias** (una obligación y un permiso negativo, y una prohibición y un permiso positivo), en el sentido de que no puede ser ni simultáneamente válidas, ni simultáneamente inválidas, en tanto que no es concebible una tercera vía. Para Bobbio, para que se dé la incompatibilidad es, además, necesario que en ambas normas coincidan los campos de aplicación de forma que puedan aplicarse a un mismo caso las dos normas, y que pertenezcan al mismo ordenamiento jurídico.

Mayores problemas plantea la búsqueda de los *criterios* para resolver las antinomias. En esto, como en otras cosas, el estudio de Bobbio es paradigmático. En efecto, trata de encontrar criterios que son habitualmente utilizados por los operadores jurídicos para resolver estos problemas prácticos. Son criterios no recogidos con exactitud en la legislación, sino que, más bien, se concretan en una serie de reglas que se caracterizan por haber sido usados tradicionalmente por los prácticos y, en particular, por los jueces. Los criterios son:

1.- Criterio jerárquico, según el cual la norma de rango jerárquico superior prevalece sobre la de grado inferior (lex superior derogat inferiori). Por ello, la Constitución prevalece sobre la ley y ésta sobre los reglamentos. Se logra la estabilidad de la fuente de grado superior. Este criterio se recoge en el art. 9.3 CE, donde se reconoce el principio de jerarquía normativa como principio básico y ordenador de nuestro ordenamiento jurídico, y en el art. 1 y 2.2. del Código Civil, y en otras leyes básicas como el 23 de la LRJAE.

2.- Criterio cronológico, según el cual la norma posterior deroga a la anterior, la norma sucesiva prevalece sobre la anterior (*ley posterior derogat priori*); por este criterio, que se refiere al tiempo de expedición de las normas, las normas anteriores más viejas incompatibles con normas posteriores nuevas deben considerarse derogadas. También se encuentra reconocido en el art. 2.2 CC: «Las leyes sólo se derogan por otras posteriores».

3.- Criterio de especialidad, según el cual, dependiendo del contenido, la norma especial deroga a la general (*lex specialis derogat generali*); la norma especial, la que deroga una materia en concreto prevalece sobre la general.

Estos son los criterios al uso que suelen utilizar los jueces para resolver sus dudas sobre la compatibilidad de ciertas normas. Por otra parte, en el derecho español hay que tener en cuenta que la Constitución de 1978 ha introducido un nuevo principio que actúa, en el caso de las antinomias, como un criterio a considerar. Se trata del *principio de competencia,* que hace una reserva para que ciertas materias sólo puedan ser reguladas por o bien las normas estatales o bien por las normas de las Comunidades Autónomas. Entonces, examinar si se ha cumplido con esta reserva es un criterio de resolución de conflictos normativos.

Pero, el problema no termina aquí identificando los criterios de resolución de las antinomias, pues en la realidad suelen concurrir varios criterios de los señalados y que pueden ser utilizados igualmente, con lo que la cuestión es saber cuál de los dos prevalece. El problema es importante porque dependiendo del criterio que utilicemos consideramos válida una norma u otra y la resolución del litigio puede ser bien distinta, con lo que hay que determinar una priorización entre criterios. De nuevo, la respuesta no se encuentra en la legislación con lo que Bobbio ha recurrido a un estudio de la práctica jurisdiccional para detallar cómo entran en conflicto y cuál es la respuesta que se da con la precisión de que no hay muchas seguridades de que sea correcta. Entra en juego la ponderación de los intereses en conflicto. Los conflictos se plantean entre:

1.- Criterio jerárquico y cronológico, cuando una norma de grado superior y anterior es antinómico respecto de una norma sucesiva y de grado inferior. Si se aplica el criterio jerárquico prevalece la primera; si se aplica el cronológico, prevalece la segunda. Pues bien, suele utilizarse el criterio jerárquico en la práctica jurisdiccional.

2.- Criterio de especialidad y cronológico, cuando una norma precedente y especial es antinómica respecto de una sucesiva y general. No está claro cuál hay que aplicar; en estos casos la indefinición aumenta y la solución depende del juez. En opinión de Bobbio, suele prevalecer el de especialidad en base a valoraciones de equidad.

3.- Criterio jerárquico y de especialidad, cuando una norma general y de grado superior es antinómica respecto de una especial y de grado inferior. También la indefinición es considerable dependiendo la solución final de la valoración del juez. Bobbio no aclara las preferencias.

5.5.- La plenitud del ordenamiento jurídico y el problema de las lagunas.

La *plenitud* es la tesis central de la teoría sobre el ordenamiento jurídico del positivismo. Es el meollo de su teoría sobre el ordenamiento jurídico, conectado con el principio de certeza del Derecho. Aparece como una idea necesaria para conciliar dos tesis del positivismo: la de que el juez no crea Derecho y la de que el juez no puede negarse a resolver los litigios. Se entiende por *plenitud* que el ordenamiento jurídico tiene una respuesta para cada caso que se plantee ante los jueces. Con plenitud quiere decirse que el ordenamiento es completo y que tiene normas para todos los casos que se susciten. Por ello, el ordenamiento no es pleno cuando se produce una ausencia de normas; entonces, se dice, que tiene lagunas. Por ello, una cuestión fundamental del positivismo es negar la existencia de esas lagunas o, al menos, de encontrar medios para rellenarlas.

Bobbio habla de *integridad* en lugar de plenitud. «Por 'integridad' se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que a la ausencia de una norma se le denomina generalmente 'laguna', integridad significa 'ausencia de lagunas'. En otras palabras, un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema ... (U)n ordenamiento es completo cuando nunca se presenta el caso de que no pueda demostrarse que a él pertenecen determinada norma ni la norma contradictoria» (Bobbio, p. 221). Un ordenamiento es incompleto cuando aparecen lagunas.

La coherencia y la plenitud o integridad son dos aspectos bien distintos, aunque existe una clara conexión. La coherencia significa la exclusión de dos normas incompatibles, que, perteneciendo al mismo sistema jurídico, se contradigan, mientras que plenitud significa que no existan vacíos en el sistema, que no haya lagunas o una ausencia de normas. La plenitud aparece como una conclusión necesaria para el positivismo en todo ordenamiento en el cual el juez está obligado a juzgar todas las controversias (1.7. CC) y está obligado a juzgarlas en base a una norma que pertenezca al sistema.

En el positivismo jurídico se ha elevado a la categoría de dogma el principio de plenitud del ordenamiento jurídico: «el principio que afirma que el ordenamiento jurídico debe ser completo para que en todo caso pueda ofrecer al juez una solución sin tener que recurrir a la equidad, ha sido dominante, y lo es todavía hoy en parte en la teoría jurídica continental de origen romanista». En efecto, el mito de la plenitud hunde sus raíces en los *arcana* de la historia jurídica occidental desde la realización del *Corpus Iuris Civilis.* Desde entonces, ha fascinado al jurista la posibilidad de tener en un código todo el conjunto posible de normas que pudiera utilizar para resolver los casos. Las grandes codificaciones son una muestra de esta obsesión a lo que se unió la pretensión del Estado de monopolizar los medios de creación de las normas en base a una concepción estatalista del Derecho. Y las codificaciones se basan en la ilusión de un ordenamiento jurídico pleno que recoge una regla para cada caso. «El código es para el juez un prontuario que le debe servir infaliblemente y del cual no puede apartarse» (Bobbio, p. 225). Particularmente, se produjo esta situación en los juristas franceses con posterioridad al Código napoleónico y la aparición de la Escuela de la Exégesis que le caracteriza un total «fetichismo legislativo», esto es, la admiración incondicional por la obra del legislador, una fe ciega en la suficiencia de las leyes: «la creencia de que el código, una vez dictado, se basta completamente a sí mismo, es decir, no tiene lagunas».

No obstante, a finales del siglo pasado, se inició una revuelta contra el monopolio estatal que afectó directamente al principio de plenitud con la Escuela del Derecho Libre. Descubrieron que el ordenamiento jurídico no era pleno por varias razones. *Primera,* porque a medida que la codificación envejecía mostraba sus insuficiencias, los códigos fueron objeto de análisis crítico ante sus carencias y su incapacidad a adaptarse y se perdió la confianza en el legislador; *segunda,* debido a la rápida y profunda transformación de la sociedad con la revolución industrial, que hizo que las codificaciones se tornasen anacrónicas, desfase entre derecho constituido y realidad social. Habían demostrado que existían lagunas, vacíos, fallos normativos importantes. Como consecuencia, quedaron bien patentes las carencias del dogma de la plenitud.

Entonces, los positivistas se aprestaron a reconstruir el principio básico que, en su opinión, sustenta el ordenamiento jurídico. Distinguieron las *lagunas en sentido estricto,* esto es, lo sectores sin regulación jurídica dentro del ordenamiento, sin solución jurídica, de las *falsas lagunas* que implican no una ausencia sino una inadecuación del ordenamiento a los cambios sociales externos, esto es, cuando la respuesta es inadecuada o anacrónica y genera más daño que si no se aplicase. Y, además, distinguió entre las *lagunas de la ley* y las *lagunas del ordenamiento,* según donde aparecía la ausencia de la norma, el vacío legal. Pues bien, a partir de ahora interpretó que la

plenitud, la integridad debe predicarse no de la ley, como se hacía en el siglo XIX, sino del ordenamiento jurídico. Es decir, se reconoce la existencia de vacíos en las leyes, pero se niega su existencia en el ordenamiento de forma que en éste siempre encontraremos una vía para rellenar el fallo legal. Así, se aprestaron a buscar mecanismos en el ordenamiento para rellenar los vacíos legales.

Destaca, *en primer lugar*, el argumento del **espacio jurídico vacío** de C. Bergbohm, para quien no tiene sentido hablar de lagunas del Derecho porque si no existe una norma que regule un acto o una situación quiere decir que dicho acto es jurídicamente irrelevante, que el legislador no la ha prestado la importancia necesaria para regularlo jurídicamente, y lo ha dejado a expensas de otros sistemas normativos. No puede hablarse de laguna porque jurídicamente no interesa si el legislador no lo ha contemplado en una norma. Para él, «o hay ordenamiento jurídico y entonces no puede hablarse de laguna, o existe la denominada laguna y entonces no hay más ordenamiento jurídico, y la laguna no es tal porque no representa una deficiencia del ordenamiento, sino sus límites naturales. Lo que se encuentra más allá de los límites de las reglas de un ordenamiento no es una laguna del ordenamiento, sino algo distinto del ordenamiento, así como la ribera de un río no es la ausencia de un río, sino simplemente la separación entre lo que es río y lo que no es río» (Bobbio, p. 231). El error estriba en que lo que hace es ocultar la realidad de la existencia de lagunas. Porque aunque al legislador le parezca que es irrelevante regular un acto o una situación.

Así, se esbozó *otro argumento:* el de la **norma general excluyente** de E. Zitelmann. «Si no existe un espacio jurídico vacío quiere decir que sólo existe el espacio jurídico pleno». Viene a sostener que el Derecho nunca falta. No existen hechos jurídicamente irrelevantes y, no obstante, no existen lagunas porque toda norma jurídica particular que sujete a ciertos actos a una reglamentación, va siempre acompañada por una segunda norma implícitamente contenida en ella, la cual excluye de la reglamentación de la norma particular todos los actos no previstos por la última, y la sujeta a una reglamentación jurídica antitética (por esto, la segunda norma es *general y exclusiva*). Esto es, toda norma que regula una acción conlleva el establecimiento de otra que regula los actos no regulados por aquella y lo hace de forma contraria. Si la norma regula una obligación en particular, la norma general y exclusiva regula la posibilidad de hacer el resto de comportamientos. En suma, «está permitido todo lo que no está obligado o prohibido», es un tópico de larga tradición que expresa la idea de este argumento. Por ejemplo, una norma que regule que prohibido importar cigarros va siempre acompañada de una norma general y exclusiva que permite importar todo lo que no sean cigarros. De esta forma, el ordenamiento jurídico resulta de todo el conjunto de normas positivas y de las normas generales y exclusivas que surgen de

aquéllas. Se garantiza así la plenitud del ordenamiento atribuyendo a todos los actos no previstos en las normas una calificación jurídica. Sin embargo, tampoco es un argumento que en la actualidad se unánimemente compartido por las presunciones que no aclara.

Bobbio ha dado una respuesta al problema de las lagunas que parece más correcto que estos argumentos basándose en las posibilidades de integración que permite el ordenamiento jurídico en su totalidad. Reconoce que un ordenamiento jurídico no es completo cuando no se encuentran normas o reglas expresas en las leyes para rellenar los huecos o vacíos legales. Reconoce la existencia de lagunas en las leyes, pero, a su vez, también que pueden encontrarse soluciones o métodos que permiten completar el ordenamiento jurídico. Estos son la autointegración y la heterointegración. Con al *autointegración,* se completa el ordenamiento jurídico recurriendo a instancias internas al propio ordenamiento jurídico. Se resuelve la laguna desde dentro del ordenamiento. Normalmente, recurriendo a la propia fuente principal del ordenamiento, a la ley, y a través de la analogía o, en todo caso, de los principios generales del Derecho. Con la analogía se trata de trasladar a un sector del ordenamiento lo que es válido y útil en otro. La analogía consiste en aplicar una norma jurídica a un caso que la norma no regula cuando existen similitudes con los casos o situaciones que regula. El procedimiento de *heterointegración* completa e integra el ordenamiento recurriendo a instancias distintas de la fuente principal del Derecho, recurriendo a la costumbre, la jurisprudencia, la equidad, la doctrina científica, o incluso a otros ordenamiento jurídicos distintos del estatal.

Bibliografía.-

BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho,* Valencia, Fernando Torres SA, 1980, pp. 349-366.

BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho,* Madrid, Debate, 1991, pp. 151-272.

CALVO, M., *Teoría del Derecho,* Madrid, Tecnos, 1992, pp 74-102.

GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho,* Buenos Aires, Porrúa, 1985, pp. 51-77.

HART, H.L.A., *El concepto de Derecho,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, cap. V, VI y VII.

KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho,* Trad. de la 2.ª edic. alemana por R.J. Vernengo, México, UNAM, 1986, cap. V y VI.

LUCAS, J. de, y otros, *Lecciones de Introducción al Derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 133-143.

LUMIA, G., *Principios de Teoría e Ideología del Derecho,* México, Edit. Porrúa, 1990, pp. 53-85.

NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho,* Barcelona, Ariel, 1983, pp. 101-164.

RECASÉNS SICHÉS, L., *Introducción al Estudio del Derecho,* 8.ª edic., Buenos Aires, Porrúa, 1990, pp. 184-194.

RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho,* Salamanca, Librería Cervantes, 1991, pp. 179-196.

SORIANO, R., *Compendio de Teoría General del Derecho,* Barcelona, Ariel, pp. 121-168.

VERNENGO, R.J., *Curso de Teoría General del Derecho,* Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 327-347.

Sexta Lección

LA APLICACION DEL DERECHO Y LA DECISION JURIDICA

6.1.- La aplicación del derecho y la individualización de la norma jurídica.

La Teoría tradicional del Derecho apenas prestó atención a los procesos que acompañaban a la aplicación jurídica, pues, en opinión de sus más destacados defensores, la reflexión sobre el Derecho sólo debía centrarse en la creación de la norma jurídica y en sus problemas estructurales. La aplicación del Derecho era un aspecto de la experiencia jurídica a la que se le concedía escaso valor y se dejaba en manos de los prácticos y operadores jurídicos quienes resolvían los escollos y dificultades de la concreción de la norma jurídica siguiendo reglas, máximas o tópicos totalmente alejados de las propuestas de la Teoría del Derecho. Esta y la Dogmática en general se dedicaba más a especular y elaborar grandes construcciones teóricas basándose en la legislación sin considerar sus problemas prácticos ni la repercusión social. En la actualidad, esta trayectoria se ha truncado y el fenómeno de la aplicación del Derecho ha tomado carta de naturaleza en la Teoría del Derecho como una parte central de la misma. Incluso, buena parte de las novedades que se producen en la Teoría del Derecho se dan precisamente en aspectos concretos de la aplicación del Derecho como son la interpretación del Derecho y la argumentación jurídica. Es más, se concede ahora tanta importancia a estos dos elementos de la aplicación del Derecho que se están formando corrientes de pensamiento y teorías originales sobre cada uno de ellos trasladándose a estos terrenos muchas de las disputas tradicionales de la Teoría del Derecho. Como veremos en la lección siguiente la interpretación jurídica ocupa hoy

un lugar central en la reflexión jurídica al considerarse que no es una mera fase de la aplicación del Derecho, sino un operación singular y de extraordinaria relevancia para la resolución de los casos y la actuación administrativa.

Pero, el origen y las causas de esta situación tiene su momento histórico y su consiguiente reflexión sobre el papel del jurista. Obedece a unas causas bien concretas. En efecto, si la Teoría tradicional del Derecho ha ignorado los problemas derivados de la aplicación de las normas jurídicas desde comienzos del siglo XIX y hasta un poco entrado el XX se debe al éxito y proyección que tuvo el pensamiento jurídico surgido de la Revolución francesa, en particular, el modelo napoleónico, y sus métodos de actuación en el ámbito del Derecho. En efecto, se partía de la estricta separación entre creación y aplicación del Derecho como consecuencia de la implantación de la teoría de la separación de poderes en el ámbito de la organización política. Siguiendo el pensamiento de Montesquieau, se separaban las tres funciones de creación, aplicación y ejecución del Derecho asignándolas a tres poderes distintos: el legislativo, judicial y ejecutivo. No es éste el momento para hacer una valoración del principio de separación de poderes, sus críticas y consiguientes reconstrucciones, sino que lo que importa es dejar constancia de que, durante buena parte del siglo pasado, se distinguió la labor creadora del Derecho, en manos del legislativo, de la aplicación de las normas, función atribuida al poder judicial, y que esta situación condicionó a esta última. Se entendía que la aplicación del Derecho era la concreción para cada caso particular de lo que las leyes regulaban con carácter general. El juez debía extraer de la norma la voluntad del legislador y trasladarla al litigio. Por ello, su labor no era creadora, sino que, siguiendo las palabras de Montesquieau, el juez debía ser la «boca de la ley», debía colocarse en el lugar del legislador e imaginarse cual sería su respuesta y pronunciarla.

Realmente, esta consideración de la tarea judicial tenía sus repercusiones en su forma de operar y en la imagen del ordenamiento. Primero de todo, porque la labor del juez en la aplicación del Derecho quedaba reducida a una operación mecánica de «subsunción»: «el juez tan sólo tenía que subsumir el supuesto de hecho en la norma a aplicar, quedando excluida toda posible actividad creadora» (J. de Lucas, p. 196). Para ello, nada mejor que operar en forma silogística como si la vida social y jurídica se tratara de materiales matemáticos. El silogismo jurídico tuvo un éxito sin precedentes como forma de trabajar en el Derecho. Por otra parte, la concepción del Derecho estaba teñida de contenidos demasiado ideales. Como complemento de esa labor de subsunción, no creadora, ser boca de la ley, se entendía que la norma jurídica poseía un único significado, el atribuido por el legislador, que no cabía más de un sentido y que en el conjunto de normas jurídicas el juez iba a encontrar siempre una que le sirviera para cada caso, que la Ley, por lo tanto, carecía de lagunas y que siempre regu-

laba una respuesta para cada supuesto. Desde finales del XIX y ya con rotundidad desde principios del XX, autores como Ihering o Geny y, sobre todo, el realismo jurídico, han descalificado esta forma de operar, en particular el silogismo jurídico, y han desmitificado los presupuestos que fundaban su éxito. Sobre todo, parece que no hay sombra de duda respecto a que la labor de quienes aplican Derecho -tanto jueces como funcionarios de la Administración y demás operadores jurídicos- realizan una labor creadora, que creación y aplicación no son dos fenómenos tan separados e intangibles como se pretendía.

Al margen de la discusión sobre las implicaciones de la concepción mecánica de la aplicación del Derecho y del silogismo jurídico, que veremos con posterioridad, ha cambiado la perspectiva y el concepto de este aspecto de la experiencia jurídica. Como dice Recaséns, «en nuestro tiempo se ha caído en la cuenta de que las normas individualizadas de la sentencia judicial y de la resolución administrativa no constituyen una mera deducción lógica formalista de la norma general, sino que *aportan algo nuevo no contenido en dicha norma general,* a saber: aportan las calificaciones y determinaciones individuales que no están ni pueden estar especificadas en la norma general, la cual usa conceptuaciones genéricas» (Recaséns p. 195). En efecto, la refutación de la visión tradicional ha conducido a revalorizar la labor de aplicación del Derecho y a aclarar la originalidad de la labor que se realiza así como las funciones que implica. Entre otras cosas, que la labor de aplicación del Derecho tiene como consecuencia la búsqueda de una norma que, en un principio, es general y abstracta, pero que, al final, sea una norma particular y concreta válida para el caso. Se trata, por tanto, de un proceso de *individualización de la norma.*

Lo primero de todo que ha cambiado ha sido el *status* que la aplicación del Derecho tiene en la Teoría General del Derecho. En efecto, los estudiosos se han percatado que todo el fenómeno jurídico no puede quedar reducido al estudio y a la elaboración de las normas, textos legales o códigos, a elaborar grandes construcciones dogmáticas cerradas y perfectas, con un sitio en el cielo de los conceptos, pero inútiles para regular la vida social. Las normas se hacen para que sean cumplidas y sean aplicadas y ese es su objetivo final. Se ha insistido tanto en este aspecto que a la teoría tradicional normativista le ha costado que surgiese una teoría que ponía el acento en la aplicación como lo genuinamente jurídico. Tal es la idea central del realismo jurídico, para quien la aplicación del Derecho por los jueces es fuente de Derecho superior a la ley, que quedaría reducida a una mera directriz u orientación útil para que los jueces resuelvan los litigios.

Esta constatación de la importancia de la aplicación del Derecho ha puesto de manifiesto su ligazón con la eficacia de las normas jurídicas. «La aplicación del

Derecho es la condición de su eficacia social ... La aplicación del Derecho es, pues, un acto relevante; de lo contrario, las normas serían ineficaces y, en último caso, si esta ineficacia se intensificara, incluso llegarían a ser inválidas» (Soriano, p. 191). En efecto, como consecuencia de un cierto declive del normativismo, se ha puesto el acento en que la eficacia es también una condición de la validez, de la existencia de las normas jurídicas. Y que, por mucho que se insista en los aspectos formales de la validez de la norma jurídica, para nada sirve ésta, no es útil su producción si no se cumple, no se aplica, no es eficaz. De ahí que ahora se insista en que la eficacia es también una condición necesaria de la existencia de las normas jurídicas. «Una norma falta de eficacia, una norma en desuso, que no se aplica, es una norma inválida; de ahí que hasta el mismo Kelsen exigiera a la norma un mínimo de eficacia para ser válida» (*ibídem*). Y si una norma es ineficaz, pierde su carácter regulativo o prescriptivo de la conducta y se convierte en un mero texto.

Ahora bien, un aspecto que conviene precisar es que la aplicación del Derecho se produce en todo momento en la vida social, siempre que se produce una individualización, una especificación de la norma a una situación particular y concreta. Por ello, aplicación de la norma es también la que realizan los destinatarios de las normas jurídicas cuando deciden espontáneamente o por la razón que sea obedecer sus preceptos sin la necesidad de la intervención de los órganos del Estado. «La mayor parte de los ciudadanos obedecen y aplican diariamente las normas sin problemas. Las personas viven dentro del Derecho sin apenas darse cuenta, y consideran la práctica jurídica como una práctica usual y necesaria, prescindiendo incluso de la influencia de las sanciones que acompañan a las normas» (*Ibídem*). Por tanto, la vida social está repleta de actos que son aplicación del Derecho. Lo mismo sucede cuando el operador jurídico es un profesional del Derecho, un abogado, que en su tarea de asesorar e informar al cliente o, incluso, de defensa en los casos de litigio lo que hace es especificar una norma, aplicar Derecho a un caso concreto cuyo sujeto es determinado, tiene nombre y apellidos. Está aplicando normas pues busca las normas más favorables a los intereses del cliente, concreta sus derechos y obligaciones y especula sobre las consecuencias de esta determinación normativa. Otro de los casos paradigmáticos de aplicación del Derecho es el que realizan los órganos de la Administración a través de los actos administrativos y sus resoluciones. El funcionario de la Administración cuando concede o no una licencia, una concesión, una prestación social, o pone una multa o una sanción administrativa, está aplicando Derecho concretando y especificando los contenidos de normas generales y abstractas. Con todo, en la Teoría, se considera que los actos genuinos que plasman la aplicación jurídica más emblemática son los que realizan los órganos jurisdiccionales. En efecto, la aplicación judicial ocupa un lugar central en la aplicación del Derecho. Se considera que es la más relevante y más importante por cuanto tiene una mayor fuerza, el ordenamiento jurídico la atribuye una fuerza significativa más intensa

que los actos de aplicación antes citados. Le da el valor de «cosa juzgada», esto es, una determinación y una solidez tal que lo dicho en la sentencia, lo probado y el fallo de la misma son jurídicamente inamovibles y, en consecuencia, se les concede toda la fuerza y apoyo que el ordenamiento puede conceder.

Pero, lo que interesa destacar ahora es que la aplicación del Derecho aparece como un proceso intelectual, en el que se produce la individualización de la norma jurídica al caso concreto, y como resultado de esa actividad, el punto final de esa individualización y, por consiguiente, la resolución del litigio o el acto administrativo. Ambos son aspectos íntimamente ligados y difícilmente separables. La individualización de la norma consiste en un proceso a través del cual se busca la especificación, la concreción de los elementos que en la norma general y abstracta aparecen sin determinar y muy difuminados. Y, como pone de relevancia Recaséns Sichés, en esto consiste precisamente la originalidad de la aplicación del Derecho, en que es preciso la aportación de algo nuevo no contenido en la norma jurídica, y eso nuevo consiste en determinar los aspectos no contemplados o especificados en la norma jurídica. «La actividad del órgano jurisdiccional comprende una serie de funciones que no están previamente cumplidas por la norma general, antes bien, que son funciones que el juez tiene que llevar a cabo por su propia cuenta, aunque al hacerlo deba seguir las directrices que la ley señala»(Recaséns, p. 196). En efecto, entre otras cosas, lo que hace el juez -y de forma parecida quien pretende aplicar el Derecho- es singularizar los contenidos de la norma general desde el sujeto o sujetos afectados, sus derechos concretos, las cantidades, plazos y consecuencias jurídicas. «Por eso y para eso tiene que haber funcionarios jurisdiccionales, tiene que haber jueces. La determinación de los hechos y su calificación, el hallazgo de la norma pertinente, la individualización del sujeto titular de derechos subjetivos, la individualización del sujeto gravado por deberes jurídicos, la concreción de la obligación, la consistencia y el monto de ella, la fijación del plazo perentorio en que debe ser cumplida, y la especificación de la modalidad de la sanción, son puntos que no están comprendidos en la norma general, y que no pueden estarlo» (Recaséns, p. 196).

La originalidad de la individualización de la norma jurídica en la aplicación se basa en que, ciertamente, las normas generales suministran la orientación y la base de la operación intelectual «encomendada al juez o al funcionario administrativo». «Pero es cierto también que ninguna norma general, ni siquiera la que haya logrado una óptima formulación, constituye una norma *completa,* es decir, susceptible de ser cumplida directamente o impuesta de todo ejecutivo a las situaciones concretas de la vida, que esa norma general trata de cubrir. Las cosas son así, sencillamente porque la ley se expresa en los únicos términos posibles, en términos *generales* y *abstractos;* y, por el contrario, la materia sobre la que debe ser individualizada la norma es *particular* y *concreta* « (*Ibídem*, p. 197).

Por último, llegados a este punto, y para terminar de ver en qué consiste la aplicación del Derecho, conviene precisar que hay que distinguir las operaciones que llevan a la individualización de las normas jurídicas y las que operan en la interpretación de las mismas. Mientras que la aplicación del Derecho tiene por objeto especificar el contenido regulado en las normas generales y abstractas para adaptarlo a las situaciones particulares y concretas, la interpretación de las normas consiste en una operación intelectual por la cual se pretende aclarar y desvelar el sentido de las palabras de la norma jurídica, cuando éstas no lo presentan claramente. Son dos operaciones distintas con objetivos diferentes, aunque estrechamente enlazadas, pues no se puede aplicar una norma jurídica sin tener claro el sentido de sus términos. Dos operaciones distintas que han dado lugar a dos teorías distintas.

6.2.- El silogismo jurídico y sus limitaciones.

La concepción política derivada de la Revolución Francesa y su enfoque jurídico fructificó en un método que ha pervivido en la historia de la Filosofía del Derecho durante todo el siglo XIX hasta principios del XX. Puede decirse que ha sido una pieza clave en la formación de la mentalidad jurídica actual y, en particular, en la Teoría tradicional del Derecho. Su crítica y su desarrollo ocupa todavía hoy un lugar destacado en la reflexión jurídica resaltando quienes atacan vivamente sus fundamentos y su modelo de aplicación del Derecho. Esta concepción, que fue postulada fielmente por lo que se conoce con el nombre de *Escuela de la Exégesis,* reducía la aplicación del Derecho a una «operación mecánica» de deducción al estilo de las operaciones lógico-matemáticas. Para ello, concibieron que la aplicación del Derecho y, sobre todo, la aplicación jurisdiccional y las sentencias podía materializarse en un «silogismo jurídico», «en el cual la premisa mayor estaría representada por la norma legal; la premisa menor, por el enunciado de los hechos probados y jurídicamente calificados; y la conclusión, por el fallo o decisión» (Recaséns, p. 198). Y que la relación existente entre los diferentes elementos consiste en una deducción automática o «subsunción».

Pero, el éxito del silogismo jurídico, pues duró durante más de un siglo, hunde sus raíces en fundamentos e ideales aparentemente sólidos, aunque luego encarnizadamente combatidos. La concepción que fundó este método partía de un modelo sobre las normas jurídicas y sobre la labor del juez. En efecto, partían del convencimiento de que el Derecho era un conjunto de normas autosuficientes en la cuales podía encontrarse las respuestas necesarias para todo caso de litigios y que esas normas jurídicas, sobre todo, las legislativas, eran proposiciones de las cuales cabía predicar el

atributo de verdad o falsedad, eran enunciados de ideas puras con las que era posible resolver todas las cuestiones conflictivas. Como consecuencia, el papel del juez quedaba restringido a una mera labor de "exégesis", de glosa o de comentario a lo prescrito en esas normas. "El derecho se concibe como un todo sistemático y perfecto, con soluciones para cualquier caso que se pueda plantear. El jurista debe limitarse a interpretar un derecho escrito, a una labor de mera exégesis encaminada a aclarar su significado y especificar el contenido de las normas jurídicas abstractas y generales para el caso concreto. La actividad del jurista se convierte, así, en una actividad hermenéutica» (Calvo, p. 104).

En realidad, esta concepción del Derecho y de la aplicación jurisdiccional respondía a la perfección a la teoría política que se imponía con la Revolución Francesa y, especialmente, a los objetivos de Napoleón que quería unos profesionales del Derecho y unos jueces fieles y dóciles a su voluntad manifestada en el *Code.* Así, los códigos y la legislación eran concebidos como un sistema perfecto y completo de preceptos de forma que los jueces debían restringir su labor técnica a ser «la boca que pronuncia la ley». En virtud de la separación entre creación y aplicación del Derecho, no debían suplantar la voluntad del legislador, sino aclararla y pronunciar una resolución, un veredicto fiel a la voluntad del legislador, como si fuese él quien la dictase. La verdad es que el éxito de esta concepción tiene su origen también en hechos históricos relevantes en nuestra cultura jurídica como puede ser la recepción y el papel del derecho romano, la influencia de la Escuela de Derecho Natural y la codificación. Pero, lo cierto es que, de esta forma, se elaboró toda una concepción del método jurídico de amplia vigencia en la Teoría del Derecho.

Según éste, la labor del juez es meramente una operación deductiva, mecánica y automática, de subsunción de una conclusión a partir de una premisa mayor y una premisa menor. Este silogismo se componía, por tanto, de una norma general y abstracta; en la menor, los hechos fijados y probados, por tanto, unos hechos cualificados; y, finalmente, por mera deducción el juez-autómata concluía con el fallo=

P: «Si es A, debe ser B»

p: «h»

C: «Si 'h' vale como A, debe ser B»

Mediante esta sencilla fórmula matemática podían resolverse los más intrincados problemas. El proceso de aplicación de las normas jurídicas, por lo tanto, no tiene más objeto que precisar y concretar una norma general y abstracta, comprobar si un hecho

real, convenientemente probado, cae dentro de lo preceptuado por esa primera norma general y abstracta, y sacar la conclusión, el fallo, mediante la subsunción. Si el hecho concreto o hechos, debidamente probados, caen dentro del ámbito de regulación de esa norma, entonces, el juez deberá sentenciar según lo previsto en esa norma general y abstracta. Se trata de precisar la norma y de concretar y especificar la consecuencia prevista. De ahí la gran aceptación que ha tenido como procedimiento de aplicación del Derecho. Es más pese a las críticas que se han vertido, y ha sido muchas, todavía hay quien lo defiende por su parecido con los mecanismos mentales que sigue el juez para decidir y su semejanza con la estructura formal en la que se concreta una sentencia.

Pero, quienes defienden la validez del silogismo jurídico contra sus muchas críticas precisan que es necesario formular correctamente las premisas y que el desarrollo de esta fórmula no está exenta de problemas (por ejemplo, R. Molinero, p. 202). Claro que al especificar la necesidad de formular correctamente las premisas como un trabajo previo ya están apuntando alguna de las críticas más demoledoras. Primero de todo, hay que detallar la *premisa mayor,* lo que no es tan fácil como parece. En efecto, el profesional del Derecho o el juez no tiene una tarea fácil por cuanto las normas del ordenamiento jurídico nunca son completas e independientes y, en consecuencia, hay que realizar una labor intelectual de reconstrucción. Otras veces, no es fácil, antes que nada, identificar con claridad porque puede haber lagunas o incompatibilidades, o necesitan que se aclare su sentido. La *premisa menor* también conlleva sus dificultades, pues es preciso que el juez se haga una representación cabal de los hechos acaecidos, comprobar lo que realmente ha sucedido y ver si ha sido regulado por la norma escogida. Ello implica realizar todas las labores de constatación, investigación y comprobación que sean requeridas. Esta reconstrucción de los hechos suele ser bastante controvertida y objeto de discusión entre los participantes en el litigio. *Finalmente,* deberá ver también si el conjunto de hechos o acciones probados caen bajo la regulación de la norma y comprobar si la consecuencia jurídica es lo suficientemente clara como para ser aplicada. Y este procedimiento por el cual se estima que un hecho concreto cae dentro del supuesto regulado en la norma reconstruida se denomina subsunción. Los hechos concretados se subsumen, ocupan el lugar del supuesto de hecho y entonces es posible aplicar la consecuencia jurídica.

El silogismo jurídico como procedimiento de aplicación del Derecho ha tenido muchos y muy brillantes críticos que han puesto de manifiesto sus deficiencias. El realismo jurídico y la jurisprudencia sociológica se han caracterizado por su ataque frontal al formalismo y dogmatismo de este método. Entre quienes destacan en el ámbito jurídico español está Recaséns que tiene duras palabras hacia esta concepción tildándola como «el magno error de considerar la sentencia como un silogismo» o «una de las más garrafales equivocaciones cometidas por la teoría y la práctica jurí-

dicas del siglo XIX», «frenética manía de un deductivismo ilimitado en el campo de la jurisprudencia» (p. 198-199). Según Recaséns, «la concepción de la sentencia como un silogismo ha sido atacada a dos diferentes niveles». El primero insiste en que la función judicial y las labores colaterales de aplicación del Derecho no pueden reducirse a la formulación de unas premisas. «En todo caso, tiene uno que darse cuenta de que la auténtica miga de la función judicial y la pesada carga de la misma no consistirían jamás en deducir la conclusión de dos premisas, sino en la tarea, muchas veces dificilísima, de sentar las dos premisas correctas». Para justificar esta opinión hace una repaso exhaustivo de las tareas que conllevan y de sus dificultades: problemas de lógica material, de contenidos cuando aparecen dos normas incompatibles. O también que el Derecho no opera con realidades plenarias, ni con hechos desnudos, «antes bien, únicamente con las dimensiones reales que sean relevantes desde el punto de vista jurídico establecido por las normas». El Derecho filtra los hechos de la realidad: «el juez y el abogado no operan entonces de modo exclusivo con hechos, sino que miran las realidades a través de los anteojos de las normas del Derecho». Nunca hechos puros y simples; el jurista maneja «un compuesto integrado por ingredientes fácticos y enfoques normativos. Esta observación basta para destruir definitivamente la hipótesis de que en la sentencia hay una premisa menor, representada exclusivamente por la expresión de unos hechos». Además, ¿qué es antes la prueba de los hechos y después su calificación jurídica o, al revés? Incluso, apunta Recaséns, la fijación de los hechos no es un mero enunciado, sino que «es siempre y necesariamente una valoración, un juicio estimativo». Frente a la opinión de que la labor de juez es meramente exegética, resulta que el juez realmente valora, crea, tiene una dimensión valorativa.

El *segundo* nivel de crítica, en opinión de Recaséns, atina en errores más profundos: «la sentencia no es ni remotamente un silogismo: no lo es ni desde el punto de vista psicológico; ni lo es tampoco en absoluto como un complejo de ideas». Un estudio de J. Frank, un realista americano, que realizó una encuesta a nivel mundial, constató que, según la inmensa mayoría de los jueces, la resolución raramente aparecía tras el estudio e investigación realizada, sino que lo que sucedía era un «súbita iluminación». «Es decir, lo que acaecía no era un proceso mental que empezase con la constatación de la norma pertinente; que fuese seguido después por la enunciación de los hechos probados y jurídicamente calificados; y que terminase con la conclusión, con el fallo» (Recaséns, p. 202). En suma, no había un proceso progresivo, sino una intuición intelectiva que entraña varios juicios valorativos. La sentencia constituye un acto mental indiviso, «un todo conjunto, con tres caras». «Cuando la sentencia ha sido ya concebida, entonces, su formulación puede adoptar la ficticia apariencia de un silogismo, si es que impertinentemente se pretende presentarla bajo esa incorrecta forma».

Desbrozando la pasional descripción de Recaséns podemos aclarar algo más las limitaciones del silogismo. *En primer lugar,* parece que no existe una diferenciación clara de las fases y de las premisas que componen el método lógico de deducción a partir de una norma general y abstracta. El razonamiento del jurista o del juez no procede siguiendo un camino ordenado en fases, sino que la subsunción es una operación más compleja, en la que se examinan conjuntamente la norma para reconstruirla y los hechos para valorarlos. Es una tarea unitaria de dotación de sentido a la norma jurídica y a los hechos. No es mera exégesis. Es un proceso de revisión de cada aspecto contemplando el conjunto. «Habría que tener en cuenta que la subsunción representa una operación compleja en la que el intérprete va progresando mediante sucesivos desplazamientos desde los hechos a la norma y desde la norma a los hechos en un ir y venir continuo» (Calvo, p. 109). *En segundo lugar,* el procedimiento del subsunción olvida la incidencia de los factores subjetivos del juez en la decisión final. En ese ir y venir de los hechos a la norma y de la norma a los hechos, es innegable la valoración subjetiva y que el resultado final dependa de elementos personales. Como no aparecen ni la premisa mayor ni la premisa menor de forma clara y desnuda, hay muchos aspectos ambiguos y vagos, es imprescindible que el juez enjuicie cada aspecto y esto implica que plasmen los prejuicios de quien juzga. Todo lo cual implica una cierta discrecionalidad en la labor de los jueces y una dimensión creadora. *En tercer lugar,* como consecuencia de todo lo anterior, se ha puesto en duda uno de los fundamentos capitales de la concepción tradicional: el mito de la *certeza* del Derecho. La existencia de lagunas, de vacíos legales no sólo dificultan la labor de aplicación del Derecho, sino que muestran palpablemente que dicha concepción se fundaba sobre una base no muy sólida, pues resulta que en el ordenamiento jurídico no hay una solución para cada caso como se esperaba. Pero ésta es una cuestión que trataremos con posterioridad.

6.3.- La naturaleza de la decisión judicial.

Señalaba antes una opinión de Recaséns en la cual afirma que las normas individualizadas de las sentencias y las resoluciones administrativas «aportan algo nuevo no contenido en la norma general: a saber, aportan las calificaciones y determinaciones individuales que no están ni pueden estar especificadas en dicha norma general». Es decir, en conexión con los comentarios y críticas realizados al silogismo jurídico y al método de aplicación deductiva, se señala que la labor judicial tiene una *dimensión creadora* pues aporta ese plus de individualización y especificación a la norma general y no se reduce a una operación mecánica o automática. Y así se ha destacado por parte del realismo jurídico. La aplicación del Derecho no funciona a partir de un mero silogismo, ni la labor del juez se reduce a una mera exégesis de la voluntad del legis-

lador, a ser «boca de la ley». Por el contrario, estos últimos tienen una ardua tarea especialmente cuando estamos ante lo que se suele llamar «casos difíciles». «De cualquier modo, la actividad judicial se expresa mediante una serie de operaciones complejas, que en muchos casos suponen la utilización de criterios y decisiones no extraíbles lógicamente de las normas» (J de Lucas, p. 197).

Pues bien, en resumidas cuentas, la naturaleza de la decisión judicial está condicionada por este dato: que su función no es una mera deducción, sino que la aplicación que realizan los jueces y magistrados tiene una dimensión creadora, innovadora que añade algo a los contenidos de la norma general. Y esta dimensión se materializa en las labores que ejecuta en el enjuiciamiento y calificación de los hechos concretos y en la elección de la norma aplicable a los mismos. Cada acto realizado por el juez implica que tiene que dar sentido, conferir un significado ya sea a los diferentes hechos o a las referencias normativas. En esto reside la dimensión innovadora de su labor. Ahora bien, conviene precisar antes de especificar algo más las palabras de Recaséns: «La constatación de los hechos junto con su calificación jurídica y el hallazgo de la norma aplicable a éstos constituyen *momentos inseparables y esencialmente ligados de modo recíproco.* Pero a esta observación hay que añadir otra complementaria: la de que esos dos momentos están también *recíprocamente vinculados a la anticipación mental del fallo.* Pues sucede que es la representación previa del justo fallo lo que sirve simultáneamente de vía para la constatación y la calificación de los hechos y para la averiguación de la norma aplicable» (Recaséns, p. 198).

* Primero, la constatación de los hechos y su calificación jurídica. Esta labor es necesaria en toda aplicación jurídica por la misma naturaleza de la norma o texto legal. En efecto, ésta siempre regula el supuesto de hecho de forma abstracta y general utilizando estereotipos que se refieren a categorías globales de acciones; son hechos descritos de forma abstracta mediante prefiguraciones conceptuales que hace el legislador. Mientras que los hechos y acciones a enjuiciar son reales, fácticos, son hechos empíricos constatables por lo tanto. Esta tensión entre la norma abstracta y los hechos concretos justifica, en primer lugar, labor creadora de los jueces. Es más, las normas jurídicas expresan su regulación a través de enunciados, de series de palabras. Por lo tanto, son representaciones lingüísticas que no siempre son claras y que precisan una aclaración de su sentido para poder aplicarlas a los hechos reales. Este hecho conlleva, primero de todo, una cierta labor hermenéutica por parte del juez y, luego, una selección de los rasgos, elementos y aspectos más destacados que los caracterizan. Y, en particular, exige un estudio de las notas de los hechos realmente acaecidos. Esto quiere decir que, al enjuiciar los hechos y situaciones de la realidad, deben realizar una serie de actividades claramente cognoscitivas que conduzcan finalmente a la calificación final (R. Molinero, p. 205):

1.- La primera operación que realiza el juez es la percepción, conocimiento y descripción de los hechos y de las circunstancias relevantes. Para ello, se sirven, en un primer momento, de la declaración y descripciones realizadas por las partes, participantes en el litigio e intervinientes en los hechos. Con ello, se produce una primera aproximación a lo sucedido que exige una comprobación más certera ya sea mediante la realización de pruebas específicas, inspecciones oculares, testificales o lo que el jurista considera imprescindible. Hay que tener en cuenta que, aunque parezca que sólo es una operación descriptiva, suelen ya hacerse algún tipo de valoración. Como afirma Recaséns, no se puede separar el enjuiciamiento de los hechos del estudio de la norma jurídica. Se trata de un ir y venir de la norma a los hechos y de los hechos a la norma.

2.- Precisamente, esta simbiosis obliga a que el juez o el jurista empiece a hacer determinadas valoraciones sustanciales tanto sobre los hechos como sobre algunos conceptos o términos recogidos en la regulación jurídica, en el supuesto de hecho. «Esto ocurre sobre todo cuando en la configuración del supuesto de hecho de la norma jurídica se utilizan conceptos genéricos o cláusulas generales que necesitan ser concretados. También ocurre cuando se emplean conceptos indeterminados o se prefiere la figura del tipo a la del concepto» (R. Molinero, p. 206.): buena fe, buenas costumbres, diligencia debida, buen padre de familia, negligencia, imprudencia temeraria, y otros muchos. La vaguedad e imprecisión de estos conceptos, usuales y muy útiles para la práctica jurídica, requiere una labor de aclaración de su significado, de especificación del sentido de estas cláusulas generales como un requisito para saber si un hecho encaja o no dentro del supuesto de hechos de la norma. Es una labor no siempre fácil por cuanto puede dar lugar a diferentes interpretaciones y, con ello, a diferentes soluciones.

3.- El resultado de las operaciones anteriores es la fijación de los hechos, los hechos probados, y su enunciación clara. Tras ello, viene la calificación jurídica de estos hechos fijados y comprobados: esto es, la tipificación jurídica de esos hechos. La tipificación o calificación jurídica implica por parte del juez el convencimiento de que los mismos caen bajo el supuesto de hecho de alguna norma jurídica. Por un lado, ha comprobado y probado los hechos concretos, está convencido de que ocurrieron de forma determinada; por otro, ha indagado en el sentido del lenguaje que expresa el supuesto de hecho. Finalmente, sólo tiene que observar si lo uno y lo otro son semejantes y cabe tipificar jurídicamente a esos hechos con la aclaración de que no son operaciones separadas, sino que se realizan simultáneamente. El juez fija y describe los rasgos de los hechos observando las prefiguraciones conceptuales que aparecen en el supuesto de hecho al tiempo que, además, la interpreta. El resultado es la calificación jurídica de los hechos.

* Después, y a la vez que realiza las operaciones de calificación de los hechos, el juez debe buscar y hallar la norma aplicable. En esta labor, es capital el conocimiento del Derecho que tenga el juez y su experiencia práctica. Pero, sobre todo, implica una labor de reconstrucción y una reflexión sumamente importante, porque dadas las características de los ordenamientos jurídicos en las sociedades avanzadas, con su variedad y configuración variopinta de normas, conlleva, las más de las veces, una reconstrucción del precepto jurídico aplicable. En efecto, como ya sabemos, las normas jurídicas nunca aparecen en el ordenamiento jurídico como normas independientes y completas, sino que, por el contrario, se encuentran fragmentos, retazos normativos que hay que recomponer. A la labor hermenéutica de dar sentido a los términos, se suma la exigencia de rastrear en todo el ordenamiento buscando los trozos y unirlos. De nuevo, hay que decir que ésta es una tarea que exige ese ir y venir de las normas a los hechos y de éstos a las normas. La calificación jurídica es ya una anticipación de la elección de la norma jurídica. Pero, hallar esta norma tiene sus dificultades y exige también una labor de investigación y de estudio que es reflejo de la dimensión creadora del juez, pues en esa labor de reconstrucción hay que contar con que puede suceder que, en el sistema jurídico, existan incompatibilidades entre normas con regulaciones diferentes, o que se presenten lagunas, ausencia de normas, o que concurran diferentes normas no necesariamente antinómicas, pero que requieren una complementación.

* Ahora bien, que se insista en que la labor del juez es claramente creadora y no una operación mecánica, no quiere decir que, para ello, goce de una total y absoluta discrecionalidad, un enorme espacio de libertad sin límite, que esté desvinculado del ordenamiento, de ciertos topes. Ni siquiera puede decirse que es una actividad arbitraria. Pudiera parecer que esto es así en ciertos niveles jurisdiccionales como es el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional, pero en los niveles de la jurisdicción ordinaria, sobre todo en los inferiores, la labor del juez está vinculada a ciertos hechos y reglas, está atada a ciertos mojones que es obligatorio que respete convenientemente. El primero de los límites viene impuesto desde la Constitución por cuanto están sometidos en sus decisiones a la ley. Los jueces no pueden juzgar al margen de las leyes y el ordenamiento jurídico. Están sometidos como todos los poderes públicos a las leyes en el sentido establecido en el art. 9.1: «los ciudadanos y poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»' y el 9.3, donde se especifican importantes principios que inspiran el ordenamiento jurídico: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, ..., la seguridad jurídica,...». Con referencia a los órganos jurisdiccionales, el art. 117 CE establece que los jueces y magistrados administran justicia «sometidos únicamente al imperio de la ley». Por lo tanto, el ordenamiento jurídico, las leyes, enmarcan la actuación jurisdiccional.

Además, el juez en la labor jurisdiccional sigue también pautas y reglas que están fijadas en el ordenamiento y que no puede obviar impunemente. Tal y como aclara I. de Oto (J. de Lucas, p. 198), los jueces deberán seguir ciertas reglas básicas para la aplicación del Derecho. Entre ellas, las reglas de interpretación que han sido objeto de consolidación en el tiempo y que se han positivizado, en el Derecho español, en el artículo 3.1 del Código Civil, y que serán estudiadas en la lección siguiente: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Igualmente, entre las reglas prácticas de aplicación del Derecho se encuentra la vinculación de los órganos jurisdiccionales inferiores respecto a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo. Aunque técnica y formalmente los jueces deben realizar su actividad de forma independiente, sin intromisiones de otros órganos sean o no jurisdiccionales, usualmente se sienten vinculados por los precedentes o la jurisprudencia del Tribunal Supremo por cuanto existe en el ordenamiento un recurso extraordinario de casación por infracción de doctrina legal que puede acarrear un recurso de sus decisiones ante el Tribunal Supremo si no sigue esa doctrina. Ello es razón suficiente, además de que permite garantizar la seguridad y la igualdad jurídica, para que siempre tengan en cuenta esos precedentes. En particular, I. de Oto señala que la labor jurisdiccional está condicionada por el respeto a los principios de seguridad jurídica, el principio de igualdad y el de unidad del Derecho.

Pero, en particular, la labor jurisdiccional de los jueces está condicionada por un deber inexorable que deben respetar: el de motivar las decisiones judiciales. Es más, buena parte de los comentarios anteriores se justifican en base a esta exigencia: que deben justificar sus resoluciones, los fallos. Tal exigencia se plasma en la misma Constitución en el artículo 120. 3, donde se sanciona la obligación de motivar las sentencias judiciales. ¿Qué quiere decirse con que hay que motivar las decisiones judiciales? Quiere decirse que hay que justificar las sentencias aduciendo razones, argumentando y fundamentando suficientemente su resolución, sobre todo, cuando hay controversia sobre la solución. Con ello, se busca evitar todo vestigio de arbitrariedad en la labor jurisdiccional. Y precisamente la motivación de las sentencias posibilita controlar la legalidad de las decisiones, la sumisión de los jueces al ordenamiento jurídico y a la Constitución, a las reglas de aplicación del Derecho y su vinculación respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como dice el prof. Calvo, en nuestro ordenamiento jurídico, los motivos aducidos en la sentencia, la argumentación del juez, se plasman en las diferentes partes que se recogen en la estructura formal de la sentencia, donde se encuentran su comprobaciones y valoraciones: la información y pruebas sobre los hechos del caso, los hechos probados, los fundamentos de derecho, donde especifica la motivación legal y, además, valoracio-

nes metodológicas o sobre la validez y jerarquía de las normas. Todo ello permite, finalmente, valorar la real dimensión de la labor de los jueces.

6.4.- Plenitud y certeza del Derecho.

Plenitud y certeza son dos conceptos que están indisolublemente unidos y en torno a los cuales el positivismo ha gestado un importante ideal, un mito sobre el Derecho. Una vez que todos los ordenamientos jurídicos por lo general incluyen un deber a los jueces para que resuelvan todos los litigios, de que no pueden rehusar la emisión de un fallo, salvo por razones tasadas en las leyes y muy fundadas con el riesgo de soportar severas sanciones, parece lógico que se defienda la plenitud del Derecho. Esto es, que exista en el ordenamiento jurídico siempre y en todo caso un solución para cada caso. Como no pueden denegar la resolución de los casos, el ordenamiento jurídico debe formular una norma válida para cada caso. Este deber de los jueces con la pretensión de que el ordenamiento jurídico es pleno es la base de un importante mito construido por la Teoría positivista del Derecho fundamentalmente. Y precisamente son muchos los ordenamientos que recogen esa obligación de resolución de los litigios -en el caso español el art. 1.7 del CC-.

Pues bien, el mito de la certeza del Derecho es una vieja pretensión de los juristas que busca, ante todo, la seguridad y la igualdad jurídica en la aplicación del Derecho. Como dice Recaséns, quien inmejorablemente describe y justifica este mito, debe ser así, «porque el Derecho es esencialmente una relación de seguridad social, impuesta autárquica o inexorablemente; y, por eso, cuando surge un conflicto interhumano, el Derecho ha de pronunciar forzosamente una decisión, bien de regulación positiva, ..., bien de garantía normativa... Pero en uno y otro caso se trata de una decisión que es impuesta inexorablemente y que desvanece la incertidumbre y que suprime la inseguridad implicadas por el conflicto planteado. Las dudas pueden persistir largo tiempo en el campo de la teoría; pero la vida jurídica práctica no admite suspensión ni dilación. Para cualquier problema jurídico debe darse una decisión, la cual teóricamente podrá no ser infalible, pero que prácticamente tiene que ser *definitiva y ejecutiva.* Así lo exige el sentido radical del Derecho, que consiste en crear una situación práctica de certeza y de seguridad en la vida social. Si no rigiera el principio de la plenitud hermética del orden jurídico positivo en éste se abriría un agujero por el entraría un torrente de incertidumbre y de inseguridad y, por tanto, se abriría la puerta a irrupciones de anarquía» (p. 206).

Por lo tanto, evitar la incertidumbre, dotar de seguridad jurídica a la vida social es el fundamento del mito de la plenitud del ordenamiento jurídico y de la certeza del

Derecho. No obstante, en el mundo real del Derecho, en la práctica de juristas, jueces y demás operadores del Derecho es muy habitual que estas previsiones de certeza y plenitud no se cumplan, que aparezcan constantes problemas, especialmente huecos y vacíos normativos que hay que colmar de algún modo. De todas formas, aunque la certeza del Derecho es un ideal válido, no hay que hipostasiarlo hasta límites inconcebibles. Aunque, ciertamente, hay que pensar sobre los instrumentos que el ordenamiento pone a disposición del juez. «En principio, todos podemos estar de acuerdo en que la arbitrariedad debe ser evitada y podemos sumarnos a la defensa de alguna de las consecuencias positivas del principio de seguridad jurídica: la necesidad de justificar en sentido amplio las decisiones jurídicas; la exigencia de aducir razones y motivos que justifiquen la quiebra del desideratum de uniformidad en la aplicación de la ley; etc. Esto es, parece lógico abogar por las mayores dosis posibles de racionalidad y no discriminación en la toma de decisiones judiciales. Sin embargo, quizá no sea bueno perder de vista los límites que pueda tener de facto el principio de seguridad jurídica. De otro modo, postular ciegamente un ideal de seguridad jurídica puede llevar a falsear un estado de cosas en el que la incerteza sea real, pero en el que las soluciones inciertas se presenten como soluciones incontestables desde cualquier punto de vista» (Calvo, p. 115).

Pues bien, para resolver aquellos problemas que muestran los fallos en la plenitud del ordenamiento y, consiguientemente, en la certidumbre del Derecho, suele remitirse a ciertos criterios y mecanismos de forma expresa o tácita. Alguno ha salido ya en las páginas anteriores, como es el caso de la autointegración o heterointegración, esto es, recurriendo o bien a criterios pertenecientes o internos al ordenamiento jurídico vigente o a criterios externos, incluso, algún tipo de valores. Se pueden recurrir a la analogía o a la equidad, dos fórmulas que estudiaremos en la lección siguiente. Todo ello abunda en la dimensión creadora de la labor judicial ya vista. Tanto es así que hoy es innegable que los jueces tienen un margen de discrecionalidad hermenéutica, un ámbito de libertad para interpretar los términos muchas veces vagos que utiliza el legislador, para elegir entre los diferentes criterios y mecanismos cuál es el más apropiado para la resolución del caso, para decidir el fallo final y para motivarlo. Incluso, un autor como Hart ha justificado esta discrecionalidad en las vaguedades de la terminología del legislador, en la irreductible indeterminación del lenguaje legal y en la necesidad de que exista un margen de apreciación para precisar el sentido de los conceptos y términos. Habla así de una cualidad propia del Derecho, la de tener «una textura abierta», zonas de indeterminación semántica que exige esa discrecionalidad hemenéutica. Ahora bien, una vez que el juez toma una resolución, la incertidumbre, inseguridad que previamente aparecía se convierte en certeza y seguridad. Su decisión se vuelve inatacable, es el ejemplo palmario de la certeza del Derecho, porque el ordenamiento le confiere a las sentencias de la mayor fuerza posible, de la «cosa juzgada», con lo que su decisión deviene, en sentido material, en norma particular y concreta para quienes pleitearon.

Bibliografía.-

CALVO, M., *Teoría del Derecho,* Madrid, Tecnos, 1992, pp 190-6.

GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho,* Buenos Aires, Porrúa, 1985, pp. 317-324.

HART, H.L.A., *El concepto de Derecho,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 155-162 y 176-183.

LUCAS, J. de, y otros, *Lecciones de Introducción al Derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 196-198.

RECASÉNS SICHÉS, L., *Introducción al Estudio del Derecho,* 8.ª edic., Buenos Aires, Porrúa, 1990, pp. 195-209.

RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho,* Salamanca, Librería Cervantes, 1991, pp. 197-229.

SORIANO, R., *Compendio de Teoría General del Derecho,* Barcelona, Ariel, pp. 190-196.

VERNENGO, R.J., *Curso de Teoría General del Derecho,* Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 397-403.

Séptima Lección

LA INTERPRETACION DEL DERECHO

7.1.- La interpretación jurídica: concepto, teorías y clases.

Sólo en fechas muy recientes la Teoría del Derecho ha empezado a prestar una especial atención a la interpretación de las leyes hasta el punto de considerarla como algo aparte, aunque dentro de toda reflexión sobre las normas jurídicas. Es verdad que ha habido relevantes autores, como F. von Savigny, que han aportado importantes contribuciones a una interpretación correcta de las normas jurídicas, pero sólo muy posteriormente se ha caído en la cuenta de la especificidad de esta labor de la mano de la filosofía hermenéutica. Como sucedía con los problemas de la aplicación del Derecho, el jurista prestaba escasa atención a la interpretación de las leyes, aunque en la actualidad ha cambiado esta actitud y se considera que tiene, dentro de la Teoría del Derecho, su lugar específico hasta el punto de poder hablarse de una teoría sobre la interpretación jurídica. En efecto, «la interpretación jurídica ha adquirido tal relieve que constituye una fase diferenciada del proceso de creación y aplicación del Derecho, si bien profundamente interaccionada con las demás etapas de este proceso. La interpretación jurídica no se considera hoy en día como un prolegómeno o presupuesto, a modo de simple introducción, de la aplicación de las normas, ni como una función plenamente independiente de la fase de producción del Derecho. Desde una concepción teórica, la interpretación jurídica es una actividad autónoma e independiente que reviste tanta o más complejidad que el proceso de aplicación de las normas» (Soriano, pp. 159-160).

La especificidad de la interpretación de las leyes se basa en razones, sin duda, convincentes. Como dice Recaséns, «sin interpretación no hay en absoluto ninguna posibilidad de que exista de hecho ni funcione en la práctica ningún orden jurídico». «No puede existir ningún orden jurídico sin función interpretativa, porque las normas están destinadas a ser cumplidas y, en su caso, impuestas por los órganos jurisdiccionales y ejecutivos» (Recaséns, p. 210).. Y, en buena medida, lo que justifica la necesidad de esta actividad reside en que es inevitable que en la experiencia jurídica se produzcan numerosas situaciones en las que sea patente una tensión entre la generalidad de la norma y la concreción de los hechos de la realidad. En efecto, el Derecho, las normas jurídicas se manifiestan de la única forma en que puede manifestarse, esto es, mediante términos generales y abstractos, y, sin embargo, las personas, las acciones, las situaciones a los que debe imponerse su regulación son siempre particulares y concretas. «Por consiguiente, para cumplir o para imponer una ley o un reglamento es ineludiblemente necesario convertir la regla general en una norma individualizada, transformar los términos abstractos y genéricos en preceptos concretos y singulares. Y esto es precisamente lo que se llama interpretación del Derecho» (p. 211). Ahora bien, hay que tener bien presente algo que no siempre es bien valorado: que la interpretación no sólo es realizada por los jueces y magistrados, sino también por el resto de operadores jurídicos -abogados, funcionarios-, cuando asesoran o ejecutan actos administrativos. Una interpretación que es provisional, pero que vale mientras no surja una controversia, una duda.

Pero, la interpretación de las leyes es, en realidad, una forma *sui géneris* de interpretación; es uno de los muchos fenómenos en los que aparece la necesidad de realizar una labor hermenéutica. Interpretar puede interpretarse cualquier signo o conjunto de signos. Por lo tanto, la cuestión de determinar en qué consiste la interpretación no es exclusivamente jurídica, sino que se trata de un problema de hondas raíces filosóficas y lingüísticas que, por otra parte, se presenta también en el Derecho. ¿Qué quiere decirse con la interpretación? ¿Qué es interpretar?

Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión o un enunciado que está oscuro. Se trata de descubrir el sentido o significado del conjunto de signos que compone un enunciado y que, por la razón que sea, no está claro. Hay quien dice que esta labor de descubrimiento es una «mediación» entre el texto obscuro inicialmente y el texto final. Y, por ello, es también una «traducción» por la cual un texto que no es inaccesible, que no comprendemos, se hace accesible y comprensible. De esta forma, puede decirse que la interpretación de un enunciado significa ordinariamente expresar su sentido recurriendo a signos distintos de los empleados originalmente. Se trata, en suma, de desvelar la proposición, el significado que sustenta un conjunto de enunciados obscuros.

Esta definición también sirve para explicar la interpretación del Derecho. Como dice Larenz, «interpretación es la separación, disposición y exposición del sentido dispuesto en un texto que permanece oculto». La interpretación es una pieza clave en la aplicación del Derecho. Esta es un proceso alterno en cuyo curso se forma del 'hecho' bruto -atendiendo a la norma jurídica-, el hecho definitivo en cuanto enunciado, y se precisa el contenido de las normas. Interpretar es «un hacer mediador, por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático». El objeto de la interpretación es el mismo texto legal como «portador» de sentido en él depositado, de cuya comprensión se trata en la interpretación. Especifica un aspecto importante: que mediante la interpretación se busca «hacer hablar» al texto cuyo sentido es problemático. Por ello mismo, la interpretación nunca es pasiva, sino que está condicionada por la actitud del intérprete frente al texto y, sobre todo, por la pregunta que le hace a ese texto oscuro.

Y si es necesario interpretar las normas jurídicas es, principalmente, porque el legislador utiliza el lenguaje ordinario para manifestar su voluntad, para regular los comportamientos. En efecto, frente a lo que pudiera parecer el lenguaje jurídico, con sus tecnicismos, arcaicismos y barroquismo, se forma a partir del lenguaje comúnmente utilizado. Y este lenguaje ordinario, incluso cuando lo emplea el legislador, no siempre es claro. Por el contrario, adolece de ambigüedades, porque una misma palabra puede significar cosas distintas, porque el significado de los términos varían sustancialmente con el transcurso del tiempo. Incluso, su significado es distinto según el contexto en el que se habla o depende también de las personas que emplean las palabras, de su cultura, de sus costumbres y educación, de sus prejuicios. También, abundando en las dificultades significativas de las palabras, resulta que, como en todos los textos que hay que interpretar, el significado de los términos no sólo depende del conjunto de sentidos, como aparecen en los diccionarios, sino que depende, además, de la situación en la frase o en el discurso de que se trata. A todo lo cual hay que añadir que muchos términos con su variedad de significados en el lenguaje ordinario suelen significar otra cosa distinta en el lenguaje jurídico. Por todo ello, la labor hermenéutica del texto jurídico se hace imprescindible sin la cual no es posible la aplicación del Derecho.

Por lo tanto, la interpretación jurídica es la búsqueda del sentido de las leyes cuando éste es problemático. Ahora bien, «el problema capital de una teoría sobre la interpretación es saber qué debe entenderse por sentido de la ley» (G. Maynez, p. 327). Otros autores siguiendo a Larenz se preguntan por cuál es la meta o la misión de la labor hermenéutica. Tradicionalmente, han sido dos las teorías que se han esbozado para explicar cuál es el sentido de la ley. Dos teorías que surgieron a mitad del siglo XIX, pero que igualmente siguen siendo válidas, son reiterados sus argumentos de forma muy similar y son habitualmente aplicadas por los tribunales. Estas son: la *teo-*

ría subjetiva, para la cual la meta de la interpretación es la búsqueda de «la voluntad del legislador», y la *teoría objetiva,* para la cual la meta de la interpretación es la búsqueda de «la voluntad de la ley». Empezando por la primera, la *teoría subjetiva* mantiene que la interpretación debe indagar la voluntad histórico-psicológica del legislador, lo que quiso decir al expedirla. En suma, la meta de la interpretación jurídica es saber la voluntad auténtica del legislador, para lo cual debe poner en su lugar, como si fuese el mismo legislador histórico quien realizase la interpretación. Esto es así porque la ley es obra de poder legislativo; se vale de ella para establecer unas determinadas normas jurídicas y, por lo tanto, hay que buscar el sentido que pretendió imbuir el legislador para resolver de forma adecuada, en la dirección que previó en el pasado el legislador, los casos que caen bajo esa norma. El hecho que sea así, que siempre se resuelvan los casos de acuerdo a la voluntad de quien la estableció, es, dicen, una garantía de la certeza del Derecho, lo que no sucedería si se dejase la interpretación del sentido a otro tipo de valoraciones distintas, subjetivas, y que no corresponderían con la intención del poder legislativo. «Hay, pues, que investigar lo que el legislador quiso decir, ya que la ley es expresión suya» (G. Maynez, p. 328).

Para quienes defienden la *teoría objetiva,* más moderna y actual, no hay que buscar la intención del legislador, sino que hay que indagar el sentido de la ley; no lo que el legislador quiso decir, sino lo que la ley dice, el sentido lógico-objetivo de la ley, como expresión del derecho. Para estos autores, una ley tan pronto es dictada, despliega toda su efectividad peculiar más allá de lo que el legislador se propuso. La ley tiene vida propia independientemente de la voluntad que la creó. Así, «los textos legales tienen una significación propia, implícita en los signos que los constituyen, e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores. Tal significación no sólo depende de lo que las palabras de la ley por sí misma expresan, sino de las conexiones sistemáticas que necesariamente existen entre el sentido de un texto y el de otros que pertenecen al ordenamiento jurídico de que se trate. La ley no es ya considerada como expresión de un querer, sino como formulación del derecho *objetivo* « (G. Maynez, p. 329). Los partidarios de esta teoría se fijan, sobre todo, en que las sociedades cambian a un ritmo vertiginoso y que la vinculación a una voluntad pasada puede acarrear multitud de problemas, si el poder legislativo no la modifica, lo que no es nada raro que suceda. Por eso, insisten en que mediante la interpretación objetiva las leyes anacrónicas pueden adaptarse mejor a las necesidades sociales.

Entre las dos teorías, en la actualidad, suele tenderse a propugnar una vía intermedia que considere los aspectos positivos de ambas: conjugar el hecho que una norma o texto legal es obra de un poder legislativo, con un sentido y una voluntad que puede ser obscura, y su adaptación a los cambios y nuevas necesidades sociales. De hecho, los criterios habitualmente utilizados en la interpretación conjugan ambas teo-

rías. Se puede afirmar, en definitiva: «en conclusión, la meta de la interpretación sólo puede ser descubrir el sentido normativo de las normas jurídicas. Este sentido ni se identifica totalmente con el que el legislador histórico quiso depositar en ellas, con sus ideas e intenciones normativas, ni tampoco puede independizarse de él de tal manera que se pensara sólo en el sentido que la ley adquiere con el paso del tiempo. La verdad está más bien en la conjugación armónica de ambos elementos, el subjetivo y el objetivo». Con todo, no falta quien prefiere seguir manteniendo la virtualidad de la teoría objetiva, reafirmando que la ley tiene vida propia al margen de la voluntad del legislador, y que la seguridad jurídica está garantizada por los recursos extraordinarios de casación que existen en nuestro sistema jurídico para los casos de infracción de doctrina legal.

La interpretación de las leyes puede ser de diferentes formas según la persona que la haga y según el resultado de la misma. Según el *órgano o persona* que realice la interpretación ésta puede ser: auténtica, usual o jurisprudencial o doctrinal. La interpretación es *auténtica* cuando quien la realiza es el propio órgano que expidió la norma jurídica; es la que emana del propio órgano que crea la norma o por quien le haya sucedido. Puede ser que el órgano legislativo promulgue una ley cuyo objetivo es establecer de qué forma ha de entenderse un precepto legal. La exégesis legislativa obliga a todo el mundo precisamente porque quien la realiza es el autor de la norma. Esta forma de interpretar ha tenido en el pasado una gran importancia, pero hoy es poco común. Además, plantea serios problemas, pues, como se afirma, en realidad, estaríamos ante una nueva ley más clara y distinta de la anterior. Suele objetarse que la función de los órganos legislativos no es interpretar, sino crear normas. La interpretación *usual* o jurisprudencial es la que realizan los órganos jurisdiccionales, los tribunales de justicia y los órganos encargados de aplicar las normas. Cuando es reiterada de modo uniforme en casos similares cobra la forma de *precedentes* que tienen una considerable importancia en la labor jurisdiccional al garantizar la igualdad y seguridad jurídica. Cabe recordar que los sistemas jurídicos de la familia del *Common Law* basan sus fuentes del Derecho en los precedentes. La interpretación *doctrinal* es la que hacen los estudiosos del Derecho al intentar resolver problemas legales o elaborar teoría o construcciones sobre algún instituto o figura jurídica. Sólo tiene un carácter técnico.

Según el resultado de la labor hermenéutica, la interpretación puede ser *estricta,* o *restrictiva,* e interpretación *amplia* o *extensiva.* En el primer caso, se restringen los efectos, las consecuencias o el contenido regulativo de la norma jurídica, mientras que en el segundo caso se interpreta el sentido de la norma de forma que se amplíe dicho sentido para rellenar así aquellos vacíos que existan en el ordenamiento jurídico.

7.2.- Criterios de interpretación jurídica.

Siempre ha pretendido la Ciencia del Derecho y la Teoría General del Derecho que la labor jurisdiccional y la interpretación de las leyes realizada por los jueces y los demás operadores jurídicos no sea arbitraria sin limitar excesivamente su actividad decisoria. De esta forma, ha sido objeto de discusión la ilustración e especificación de pautas o criterios que encaucen su labor hermenéutica y no la dejen a su arbitrio o capricho. Se trata de garantizar la máxima objetividad de la decisión final. Para ello, se afirma que existen esos criterios o módulos interpretativos que para algunos son expresión de una determinada metodología. En efecto, son criterios que se han ido desarrollando y confeccionando al hilo de las teorías que se han elaborado sobre el fin de la interpretación, sea la voluntad del legislador o la voluntad de la ley. Quienes defendían la primera teoría ponían el acento en criterios históricos o gramaticales, mientras que para los segundos buscaban los fines de la ley y hacían una interpretación más objetiva del sentido de la ley. Hoy en día, suele afirmarse que, en realidad, ambas orientaciones son necesarias para realizar una adecuada interpretación y que la labor de conjunto es lo que garantizan el éxito hemenéutico. «Como estos criterios dejan siempre abiertas distintas posibilidades de interpretación, no siempre conducen a un resultado único. Es más, en múltiples ocasiones sólo de su conjugación armónica puede obtenerse el verdadero y decisivo sentido de una norma jurídica. Además no raras veces es preciso un juicio valorativo, atendiendo a la vez a la norma jurídica y al caso concreto, para ver qué sentido es el que haya de aceptarse» (R. Molinero, p. 224).

Punto de referencia en la construcción de una teoría sobre la interpretación de las normas jurídicas y de sus elementos, o criterios hermenéuticos, fue Savigny y la Escuela Histórica y la Dogmática jurídica alemanas y lo que éstos estatuyeron ha sido seguido por la Ciencia jurídica hasta la actualidad. Savigny distinguió cuatro elementos de la interpretación de las leyes: gramatical, lógico, histórico y el sistemático, que, a su vez, dieron lugar a cuatro tipos de interpretación: interpretación gramatical, interpretación lógica, interpretación histórica e interpretación sistemática. El mismo Savigny advirtió que ninguno debe operar por sí solo en la interpretación, sino que se debe trabajar utilizándose todos y cada uno hasta que se resuelvan las obscuridades del sentido de la ley.

En la actualidad, estos criterios o módulos siguen de base para la labor hermenéutica de los jueces y demás operadores, aunque se han operado profundos cambios. La teoría actual suele conceder una mayor importancia a los criterios que permiten indagar en los fines de la ley y en las repercusiones sociológicas de sus preceptos sin marginar y abandonar las perspectivas tradicionales. Por ello, los criterios no son los mismos que los que especificó Savigny. Son los siguientes: el criterio literal o grama-

tical, el criterio lógico-conceptual, el criterio sistemático, el criterio histórico y el criterio teleológico. Además, hay que añadir a estos criterios uno nuevo y sumamente importante. A raíz de la promulgación de la Constitución, y su institucionalización como norma básica de la comunidad, sus preceptos y su regulación tienen tanta fuerza que pueden dirigir la interpretación de los operadores jurídicos. A sus preceptos deben de acomodarse todas las normas inferiores y, por ello, se ha convertido en un nuevo criterio hermenéutico que veremos en el epígrafe siguiente.

a.- *Criterio literal o gramatical.* La primera fase de la interpretación es fijarse en el sentido literal de las palabras utilizadas por quien expidió el artículo, norma jurídica o ley. Como dice Larenz, se trata de buscar el sentido literal, esto es, «el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general de esas palabras». Se trata de clarificar el sentido que el legislador dio a determinadas palabras. El interprete, por tanto, deberá fijar el significado particular de cada término de la norma jurídica y, por consiguiente, de las frases que forman el enunciado normativo. «La norma es ante todo un expresión lingüística y el intérprete tiene que examinar el significado de los términos de tal expresión» (Soriano, p. 167). En efecto, las normas jurídicas se expresan a través del lenguaje, de palabras, de frases y giros que no siempre son fácilmente comprensibles. En ocasiones, quienes hacen las normas jurídicas, emplearán palabras propias del lenguaje común o usual, palabras de amplio uso en las conversaciones cotidianas; otras veces emplean un lenguaje más técnico o especializado, de uso normal entre los juristas, pero de más difícil comprensión. Esto se produce por varias razones: porque es imprescindible el empleo de palabras habituales para facilitar la comprensión de los ciudadanos de su contenido prescriptivo; porque, en ocasiones, es necesario el empleo de lenguaje técnico para precisar el significado, la regulación o los efectos de una determinada institución; o porque quien hace las leyes confiere un significado técnico a palabras de uso común aumentando el elenco lingüístico; o porque retoma de otras disciplinas palabras o términos especializados.

El legislador se sirve así de las ventajas significativas que tienen ambos tipos de lenguaje. Por un lado, el lenguaje común goza de una mayor ductilidad o flexibilidad, es más rico e matices y tiene más posibilidades de adaptarse a la realidad social. El lenguaje jurídico es mucho más riguroso, más preciso y, por tanto, se adapta peor a las nuevas situaciones. Por lo mismo, en el lenguaje ordinario es más ambiguo e impreciso, da lugar a mayor número de confusiones y exige un trabajo sutil de aclaración del significado. Son diferentes razones para justificar el empleo de cada lenguaje (R. Molinero y Larenz).

El intérprete debe precisar multitud de aspectos que tienen que ver con el significado, si son muchos o pocos, cuál es el válido, asimismo, el alcance de los términos,

de las cópulas de unión, la relación sintáctica, debe elegir entre el significado técnico o el vulgar o el que tenía en el momento de su promulgación o el del momento de la interpretación. Precisar cada aspecto implica un relativo margen de libertad para actuar y cumplir su función. Se dice que las normas jurídicas tienen «una textura abierta» que legitima los ámbitos de actuación de los jueces y, sobre todo, que gocen de cierta discrecionalidad hermenéutica sin la cual no pueden concretar el significado que interesa. Lo cierto es que en todo ello los términos empleados son el punto de partida y final de la interpretación. El intérprete no puede salirse de esos márgenes. Por consiguiente, el sentido literal inferible del uso general de la ley o del lenguaje o, siempre que exista, del uso especial del lenguaje de la ley o del uso del lenguaje jurídico general, sirve a la interpretación como una primera orientación, pero, además, en última instancia, señala también el límite de la interpretación propiamente dicha.

b.- *Criterio lógico-conceptual.* El intérprete no puede quedarse en la comprensión de su significado literal; hay que ir un poco más allá. Con el criterio lógico-conceptual, se trata de penetrar en el espíritu de la ley, los factores determinantes, los motivos e intencionalidad, las determinaciones que llevó al legislador a promulgarla. Es lo que se llama la *ratio legis.* Se trata de investigar la razón de ser de la misma.

Este criterio ha tenido serios defensores en la Teoría del Derecho. Influidos por la matemática, algunos han pretendido emplear un método analítico-sintético de comprensión del sentido de la ley. Implica altos niveles de abstracción. Se trata de descomponer los elementos y partes de las normas, captar su significado individual y, luego, recomponerlo estudiando la relación conceptual existente entre cada uno de ellos. Todo ello implica un análisis de los conceptos de la norma, pero, sobre todo, la comprensión de su interacción. La jurisprudencia conceptual en el siglo XIX y, en particular, Ihering fue un defensor de este criterio intentando construir una "química del Derecho". Para ello, propuso la búsqueda de los elementos más simples válidos para todos los institutos jurídicos para, a partir de ahí, poder componer cualquier concepto jurídico que se quisiera. Algo de esto queda todavía en la mentalidad jurídica por cuanto el intérprete sabe que en el ordenamiento jurídico es difícil encontrar normas independientes y completas, sino que sólo se encuentran fragmentos normativos dispares, y que por ello mismo tiene que realizar una labor constructiva de recomponer esos trozos dispersos.

c.- *Criterio sistemático.* Como ya sabemos, las normas jurídicas no se encuentran aisladas, sino que pertenecen a un ordenamiento jurídico, tienen un sitio en un conjunto de normas sistematizadas, coordenadas y con relaciones de subordinación. Cada artículo, cada norma individual están incluidos, englobados en una ley, en un texto legal, en un Código y, al mismo tiempo, en todo el orden normativo inspirado en la Constitución. Ello da un nuevo alcance a la labor hermenéutica. Como dice Larenz, «el

sentido de la norma jurídica particular sólo es inferible las más de las veces cuando se la considera como parte de la regulación a la cual pertenece». No se trata, como sucedía con el criterio anterior, de analizar la norma en sus partes para completar sin salirse del ámbito regulativo de la norma. Ahora, se trata de poner el resultado de su operación constructiva en conexión con otras normas del ordenamiento consciente de las relaciones existentes entre unas y otras. La conexión del significado de la ley con el orden sistemático obliga a realizar labores de análisis de todo el sistema, da más claridad al orden mismo, pues el intérprete debe indagar en la concordancia entre normas, abundando así en la coherencia entre normas jurídicas. En efecto, es capital para realizar una labor hermenéutica adecuada tener bien presente las relaciones jerárquicas entre unas y otras, los límites formales y materiales impuestos por las normas superiores y la Constitución. En nuestro sistema jurídico, además, hay que considerar la introducción del principio de competencia, la reserva de ley que se establece para que determinadas materias sólo puedan ser reguladas por un órgano y no por otro, siguiendo ciertos requisitos y porque tiene competencia para ello. Por otro lado, obliga también a prestar atención al contexto normativo en el cual se incluye esa norma con independencia de la compatibilidad o incompatibilidad con otras normas. Lo que quiere decir que el intérprete deber tender a realizar una tarea de encaje entre todas las normas de un instituto jurídico, de forma que el resultado final sea un todo cerrado y sistemático.

d.- *Criterio histórico.* «Si, como ocurre con frecuencia, el sentido literal resultante del uso general del lenguaje, así como de la conexión de significado y la sistemática conceptual, deja siempre abiertas diferentes posibilidades de interpretación, es obvia la pregunta acerca de qué interpretación responde mejor a la intención reguladora del legislador histórico o a su propia idea normativa» (Larenz). Con el criterio histórico, se trata de acudir a los materiales históricos que precedieron y que dieron lugar a la norma para desentrañar su sentido. Para quienes defiende la tesis subjetivista, el objetivo de este criterio es la indagación de la voluntad e intención del legislador al dictar esa norma. Para éstos, este criterio es de suma importancia precisamente por lo que tiene de descubrimiento de la voluntad del legislador. Autores como Larenz, entienden que así se distingue: «de un lado, las intenciones reguladoras, los fines y su jerarquía, así como las decisiones fundamentales del legislador; de otro, las ideas concretas de las personas participantes en el asesoramiento y redacción del texto legal». Por el contrario, para los defensores de la teoría objetivista, se trata de hacer una indagación del origen de la norma, pero siempre condicionada a su desarrollo ulterior, al devenir más objetivo, ligado al contexto sociológico, que ha tenido una vez ha sido expedida. Por ello, es de menor importancia para esta orientación.

De todas formas, siempre puede ser de utilidad efectuar un rastreo por la historia de la norma. Para ello, suele acudirse a diferentes documentos donde se revela el sen-

tido de la ley que busca el intérprete. Las materiales que más interesa al intérprete son los materiales preparatorios que van configurando el resultado normativo final. Por ejemplo, anteproyectos, proyectos, informes de comisiones técnicas, actas de debates y discusión de las Cortes. Ahí, se encuentran los elementos que muestran cómo se ha ido forjando la norma y, en consecuencia, la voluntad del legislador. Por ello, para la tesis subjetivista estos materiales son de capital importancia y, probablemente, los únicos realmente válidos para la interpretación final. Para la tesis más objetivista, estos documentos se reducen a lo mero anecdótico y sin relevancia. Más importancia suelen tener las Exposiciones de Motivos de las normas que cada vez se está extendiendo más en la práctica legislativa. Son las introducciones programáticas que van antes del articulado y donde los legisladores explican los principios inspiradores, valoran la realidad social y enuncian sus objetivos. No tienen carácter vinculante, aunque esto sea bastante discutido, y deben entenderse como directrices o preámbulos normativos. Pero sí que sirve para determinar la voluntad del legislador. Los más acérrimos defensores de la tesis subjetivista suelen también acudir a precedentes históricos, esto es, a las regulaciones anteriores que ha habido sobre la misma materia. Precedentes que pueden ser los que existieron en el tiempo en el mismo ordenamiento, o bien, más remotos, Derechos históricos u otros ordenamientos de los que procede el ordenamiento actual, esto es, el viejo Derecho castellano, los Derechos forales, el Derecho romano, el visigodo, el Derecho canónico.

e.- *Criterio teleológico-objetivo.* Es el criterio que corresponde propiamente a los defensores de una interpretación objetiva del sentido de la ley, para quienes la norma o texto legal tiene unos fines y unas consecuencias al margen de la voluntad y de las intenciones del legislador. Para estos, una vez que la norma es expedida tiene una vida independiente de la voluntad del legislador condicionada especialmente por el devenir de la comunidad en la que está vigente. La ley o norma como algo separado de su creador. Al margen del sentido literal y sistemático, se considera que tiene un ámbito espacial y temporal de vigencia que la afecta directamente y que incluso modifica su contenido regulador, y que esta circunstancia también hay que estudiarla y desentrañarla. «El criterio teleológico se refiere a la finalidad de la norma en un contexto dinámico, finalidad que no es dada de una vez por todas en el ánimo del legislador, sino que va evolucionando con la propia norma». Se trata de estudiar los efectos que tiene, su punto de llegada normativo, con independencia de los fines propuestos por el legislador.

En suma, se trata de que el intérprete no puede detenerse en los fines de quienes establecieron la norma, sino que hay que estudiar los fines que derivan de la propia norma, en la medida que el Derecho busca el aseguramiento de la paz, la justa resolución de los litigios, y otros tantos fines que están al margen de las intenciones de quienes legislan. «De esta manera interpreta la ley en su propia racionalidad, la entiende

como un producto cultural, que como tal tiene vida propia, y con ello se abre el camino para un nuevo criterio de interpretación jurídica: el que se refiere a los fines *objetivos* de la ley». (R. Molinerò, p. 230).

7.3.- La interpretación de la Constitución.

La existencia de una Constitución en un ordenamiento jurídico plantea problemas para la interpretación de las normas que necesariamente deben ser estudiados dada la relevancia de la norma a considerar. En el caso español, la promulgación de la Constitución origina cuestiones que hasta la fecha no habían sido consideradas por la teoría del Derecho dada su inexistencia en el período anterior. En verdad que, si la interpretación de una norma jurídica genera serios problemas de hermenéutica para saber qué criterios son los válidos para descubrir el sentido de la ley, estos aumentan cuando se trata de dilucidar cuál es el papel que la Constitución representa en todo ello y cómo debe efectuarse la misma interpretación de la norma suprema. La Constitución ocupa la cúspide de la jerarquía normativa, es la norma suprema del ordenamiento jurídico y primera fuente de nuestro Derecho. En ella se encuentran recogidos los principios y las normas básicas que estructuran la organización política y social del Estado. Dada su importancia, la Constitución tiene, según el artículo 9.1 y 9.3, como ha interpretado correctamente el Tribunal Constitucional, «eficacia directa», lo que supone que no es necesario desarrollar legislativamente sus preceptos para que sean aplicados por los tribunales y que toda regulación anterior y posterior a la misma que viole sus preceptos queda derogada automáticamente. Una vez constatado su rango jerárquico, hay que resaltar que en la Constitución se encuentran recogidos criterios y principios que tienen un importante carácter ideológico y que permiten organizar la vida social. Son muchos los artículos en los que aparecen explícitamente esos criterios: por ejemplo, aquellos en los que se regulan los «derechos y libertades fundamentales». Pero, en particular, cabe reseñar el artículo 1.1 donde se declara explícitamente que la libertad y la igualdad son los principios básicos del Estado social y democrático de Derecho. O el artículo 9.3 donde se encuentran reconocidos el principio de legalidad, de seguridad jurídica, el principio de jerarquía normativa y otros de similar importancia que vertebran nuestro ordenamiento jurídico. En suma, resulta que el resto del ordenamiento debe interpretarse en concordancia con lo prescrito por la Constitución. Por ello, la promulgación de la Constitución plantea dos cuestiones importantes: la interpretación «de» la Constitución misma y le interpretación del resto del ordenamiento «desde» o «conforme a» la Constitución.

1.- *La interpretación «de» la Constitución.* Como la Constitución es una norma de ordenamiento, desde luego, la más importante como queda reseñado, plantea la

cuestión si debe substraerse o no a la interpretación siguiendo los criterios ya vistos, dado que, en principio, son argumentos establecidos para interpretar las leyes y no para una norma de rango constitucional. Por un lado, son criterios cuya validez hermenéutica parece de sobra consolidada, por lo que la Constitución debería interpretarse siguiendo estas pautas; por otro, resulta que han sido recogidos por normas legales -el artículo 3 del Código Civil- de rango inferior, supeditadas a la norma suprema. Por lo tanto, en principio, esas reglas no deben vincular al intérprete constitucional por estar explicitadas en una norma de rango inferior si se tiene presente el principio de jerarquía normativa del artículo 9.3.

Respecto a este difícil problema, hay diferentes posturas según si se considera el texto constitucional como un texto más o menos abierto. Para unos, es un texto escrito y como tal, como el resto de normas escritas, debe ser interpretado de acuerdo a los criterios ya vistos. Para otros, se trata de un texto abierto y, por lo tanto, deja vías, espacios, para realizar una labor hermenéutica más discrecional, considerando los cambios y la evolución de la sociedad. En el caso español, debe tenerse presente que, al margen de las discusiones teóricas, existe un órgano, el Tribunal Constitucional, que entre sus funciones es el único competente para interpretar la Constitución y que, para ello, no parece tener más limitación que el sentido de la Constitución misma; está sometido a ella, por tanto, a su regulación, a sus criterios y principios básicos y no puede separarse de ellos. Así, ha habido autores que han fijado los principios que deben inspirar esta interpretación (J. de Lucas, siguiendo a Pérez Luño): el principio de unidad y coherencia constitucional, el de competencia y el de su eficacia. El de *unidad,* por el cual la Constitución debe interpretarse como una totalidad, sin considerar cada parte como algo, aislado. Y así lo ha dicho el Tribunal Constitucional, cuando deduce que sus principios obligan a todas las organizaciones por igual. El de *coherencia,* o la inexistencia de antinomias entre sus preceptos acudiendo valoraciones o ponderación de bienes en el caso de que éstas aparezcan. El de *competencia,* por el cual hay que respetar la distribución competencial que realiza entre las organizaciones del Estado. En particular, el Tribunal Constitucional tiene que resolver habitualmente conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El de *eficacia,* en la medida que la Constitución es de aplicación directa sin necesidad de que sus preceptos deban desarrollarse por medios legislativos. Hay que maximizar u optimizar las posibilidades de aplicación de la regulación constitucional, en especial, en materia de derechos y libertades fundamentales.

2.- *La interpretación «desde» o «conforme a» la Constitución.* El hecho de que la Constitución sea la norma suprema imprime un carácter especial a la interpretación de las normas de rango inferior. Su regulación y sus principios informan todo el ordenamiento jurídico. Por lo cual la Constitución no sólo es una norma a

interpretar, sino que el resto de normas del ordenamiento deben ser interpretadas en conformidad con su regulación. Lo cual implica determinar la dirección de la interpretación de las leyes, pues, si bien los criterios tradicionales marcan una línea a seguir, resulta que el resultado hermenéutico final está prefigurado por la norma constitucional. En el caso de que, por la aplicación de los criterios tradicionales, existan dudas entre varias opciones, el intérprete siempre deberá elegir las que están de acuerdo con la Constitución por ser la norma suprema de nuestro ordenamiento, por ser la primera fuente de Derecho, por tener una eficacia directa. El Tribunal Constitucional tiene en esto un cometido difícil, a veces sutil, pero, sin duda, de capital importancia, porque es el verdadero intérprete constitucional, quien señala cuál es el sentido de la Constitución que debe ser aceptado por todo el mundo. En esta labor, el Tribunal Constitucional ha realizado, en verdad, una labor encomiable al completar la Constitución, tanto dando contenido a las diferentes figuras de los derecho y libertades fundamentales, creando una original construcción sistemática de los mismos.

Pero, una cuestión derivada de la promulgación de la Constitución es la de su capacidad derogatoria, la capacidad de negar la validez a aquellas normas precedentes a la norma constitucional y las posteriores a la misma que son contrarias a su regulación:

a.- La regulación constitucional, con su articulado, sus principios y criterios son Derecho vigente, aplicable inmediatamente. Por ello, cualquier norma precedente, anterior a su promulgación, queda derogada si va en contra de los preceptos constitucionales, pierde su validez. Las normas anteriores a la Constitución que sean incompatibles con la misma quedan derogadas explícitamente, si se encuentran recogidas en la disposición derogatoria de la norma suprema, o implícitamente, si, sin estar incluida, entra en contradicción con la Constitución. Al ser normas de rango inferior, deben respetar sus postulados. En consecuencia, los tribunales, ante una situación como la descrita, son competentes para estimar la inconstitucionalidad de una norma claramente contraria a la Constitución, aunque no haya sido derogada explícitamente. En caso de duda, solicitará la intervención del Tribunal Constitucional quien declarará si se ajusta o no a la Constitución, si está o no derogada.

b.- Otro tanto sucede con las normas postconstitucionales. Deberán considerarse «derogadas» aquellas que sean incompatibles con la misma y que sean declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. También el Tribunal Constitucional tiene un importante papel al declarar la conformidad o no de los textos legales con la Constitución. Cuando actúa de esta forma, el intérprete constitucional actúa como legislador negativo al señalar lo que no se ajusta a la Constitución.

c.- Por otra parte, no se puede olvidar que los preceptos constitucionales tienen «eficacia directa», son derecho vigente y aplicable sin necesidad de desarrollo legislativo. Lo que quiere decir que sirven de orientación general para la interpretación del resto de normas del ordenamiento y, además, en opinión del Tribunal Constitucional todos los poderes públicos llamados a aplicar la ley deberán interpretarla según la Constitución.

7.4.- La analogía como forma de integración del ordenamiento jurídico.

En el desarrollo de las lecciones anteriores, ya hemos visto cómo existe en la Teoría del Derecho la pretensión de que el ordenamiento jurídico es pleno, es completo. Es lo que llamábamos la *plenitud hermética del Derecho.* Pero, al final, contrastando las pretensiones teóricas con la práctica y la realidad del orden jurídico, se acaba por reconocer que, si bien la ley tiene lagunas, el Derecho no puede tenerlas. La existencia de lagunas es un límite a la actuación judicial, pues el juez está obligado a resolver todas las controversias y, para ello, tiene que sacar sus utensilios del orden jurídico. Ahora bien, la cuestión es qué hace cuando éste, y las reglas interpretativas que en él se encuentran, no son suficientes para cumplir con el deber inexcusable de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Automáticamente, su labor sufre un cambio radical. «cuando el juez llamado a resolver una controversia descubre que las reglas interpretativas son impotentes para ofrecerle la pauta de solución que busca, tiene, para cumplir su misión específica, que formular la norma aplicable al caso o, lo que es lo mismo, debe dejar de ser intérprete para sumir un papel muy semejante el del legislador» (G. Maynez, p. 366). En efecto, la insuficiencia de la ley no puede relevar al juez de su misión, sino que tiene que servirse de los utensilios que el mismo ordenamiento le brinda y, si no sucede tal cosa, utilizará otros procedimientos con tal que complete la laguna y resuelva. Esta labor de completar el ordenamiento se denomina *integración,* que es lo que hace el juez en estos casos. Ya vimos cómo Bobbio especificaba que esos procedimientos puede ser la autointegración y la heterointegración según de dónde procedan los argumentos que permiten completar el ordenamiento jurídico. Pues bien, la *analogía* es uno de los mecanismos de autointegración más destacados y más utilizados por el legislador para completar las lagunas de la ley.

Por tanto, la analogía es, primero de todo, un instrumento técnico que permite completar el orden jurídico, permite rellenar las lagunas de las norma jurídicas. Consiste en la aplicación de una norma, de la extensión de sus consecuencias jurídicas, a un caso o supuesto de hecho no previsto ni recogido en la primera. Dada la pri-

macía de la ley en nuestro ordenamiento jurídico y en los pertenecientes al Derecho continental, suele predicarse la analogía sólo de la ley y no del resto de fuentes. Es más, en nuestro Derecho, antes de aplicar una fuente supletoria debe utilizarse el argumento analógico. Con la analogía, se trata de aplicar los principios extraídos de una norma a un caso no previsto por ella, puesto que presenta una identidad con el supuesto regulado en la norma original. A un supuesto que no tiene solución, se le aplica una prevista para otro con el que tiene semejanzas. No se trata de una interpretación extensiva, puesto que ésta es la extensión de la norma a supuestos primeramente no incluidos, pero «sí susceptibles de entrar en su significado». Es una norma que amplía su ámbito de aplicación y alcanza una mayor capacidad normativa. No se crea ninguna norma, sino que se aplica la ya existente ampliando su ámbito de eficacia, lo que no sucede en el argumento analógico.

Como dice G. Maynez, lo propio de la analogía es que: no es que se aplique al caso imprevisto un precepto legal que resuelve el caso análogo, sino que es una norma nueva la que se aplica, una norma nueva que posee un supuesto jurídico diverso. Por lo tanto, lo que hace el juez es una auténtica labor creadora, se convierte en cuasi-legislador al cubrir la laguna de la ley. «La analogía consiste, pues, en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), la consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una norma nueva cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y sólo hay una identidad parcial. La conclusión que de lo anterior se infiere es que no debe hablarse de aplicación analógica de un precepto a un caso no previsto, sino de *creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos sólo son semejantes* « (p. 369).

Claro que como puede imaginarse la labor analógica no es fácil. No se trata exclusivamente de una analogía de situaciones, sino de una identidad de razones para resolver una y otra del mismo modo. Precisamente, en nuestro ordenamiento se exige este requisito. El artículo 4.1 del CC regula el recurso a la analogía por los jueces: «Procederá la aplicación analógica cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Por lo cual es inevitable que el juez haga valoraciones, juicios valorativos que le conduzcan en el camino de la analogía. Todo ello en el marco de los márgenes de discrecionalidad que permite el orden jurídico. Por cierto que, en el caso español, tiene sus límites, puesto que no puede utilizarse la analogía con leyes penales, excepcionales y las de ámbito temporal.

7.5.- El argumento de la equidad.

En ocasiones, en el lenguaje jurídico y la práctica judicial suele utilizarse el argumento de la *equidad* para marcar la dirección de la resolución a un problema jurídico o para matizar la reacción jurídica. Con la equidad, no se trata, por tanto, de acudir a un instrumento o argumento que permita integrar o informar el ordenamiento jurídico. Estamos ante un concepto que es plenamente jurídico sobre el cual no hay una claridad significativa, pero cuyo interés para el jurista viene avalada por las continuas referencias que los textos legales y, sobre todo, los códigos más antiguos como el Código Civil. En un primer acercamiento, se puede decir que el término «equidad» es un concepto jurídico indeterminado cuyo significado es bastante equívoco, pues tiene una gran cantidad de sentidos. Su ambigüedad significativa es lo más destacado de este término y las dificultades para su empleo en la aplicación del Derecho.

En efecto, se dice que el término «equidad» proviene del latín «æquitas» para referirse a la idea de rectitud y justicia y con estos significados ha llegado hasta nuestra época. La equidad, en una acepción común, es sinónimo de justicia entendida en un sentido flexible y general, como una directriz ligada al sentido común que hay que seguir al tomar ciertas decisiones. Suele también enlazarse con la idea vulgar de un Derecho justo o equitativo en sus soluciones. La imprecisión en el uso común parece bastante evidente.

Pero, otro tanto sucede con su significado especializado o jurídico. Ambigüedad que viene justificada, primero de todo, porque es un concepto cuyo significado varía según épocas históricas y según teorías. En general, suele defenderse su utilidad como una vía abierta para que el juez o el operador jurídico pueda valorar convenientemente la realidad social en la aplicación del Derecho. Una valoración que debe ser justa. Con todo, sus ambigüedades son evidentes lo que pone de manifiesto los riesgos derivados para la seguridad jurídica. «La equidad viene a subsanar la generalidad y el carácter abstracto de las normas jurídicas, adaptándolas a los casos concretos, cuya regulación en detalles no podía haber sido prevista por el Derecho. La equidad, desde una concepción formal del Derecho, es un medio de *ultima ratio,* que indudablemente esconde riesgos para la seguridad jurídica y la certeza del Derecho... Siempre es preferible la resolución judicial equitativa, con su grado de inseguridad, que la preterición *sine die* de la solución de los conflictos jurídicos planteados» (Soriano, p. 203).

Dos son la acepciones del término equidad utilizadas en la Teoría del Derecho. Una primera ve a la equidad como un instrumento de «corrección de la ley», de corrección de la rigurosidad de las respuestas jurídicas. Serviría para matizar el rigor

de las soluciones del Derecho en aras de una respuesta más justa, más equitativa en el sentido de más apegada a la realidad social. Equidad sería sinónimo de justicia en la medida que vendría a garantizar las soluciones más justas frente al rigor de la ley. La función de la equidad, según esta perspectiva, estaría bien clara: vendría a resolver el problema que se plantea cuando una ley, correcta y justa en sus términos generales, produce realmente al resolver un caso singular efectos no sólo notoriamente injustos, sino también indebidos. Y la conclusión a la que se llega es que no es posible aplicar una ley cuyos resultados no son deseados por injustos y sólo por medio de la equidad puede llegarse a una solución correcta. La equidad marcaría el camino para una resolución cabal y justa. La equidad sería la manifestación de la máxima *summus ius, summa iniuria,* que la aplicación rígida del Derecho puede producir situaciones injustas. La equidad sería el mecanismo para adaptar la norma a la complejidad y diversidad de la realidad social. Para otros, equidad es lo mismo que un medio de resolución de los conflictos sin una norma general y abstracta y sólo en base a la discrecionalidad del juez; por lo tanto, una resolución conforme a los criterios subjetivos del juez, aunque vengan revestidos de un ideal de justicia. esta ha sido una concepción propia de la escuela del Derecho libre, que confiere al juez un importante papel para decidir libremente los motivos y fallos judiciales. Pero no se trata de justificar un subjetivismo judicial, pues ello sólo abundaría en una quiebra de la seguridad jurídica y la existencia de mayores dosis de arbitrariedad.

Una lectura interesante ha sido la realizada por Recaséns quien, criticando la comprensión de la equidad corrección de la ley en determinados casos particulares, considera que, más bien, se trata de justificar una «interpretación razonable» de la norma que, a primera vista, produce resultados rigurosos desde un óptica de la justicia. Evidentemente, su propuesta se enmarca dentro de su teoría de la «lógica de lo razonable». Sería una forma que matizase una interpretación literal de la norma y, por tanto, un criterio a utilizar junto con los demás. Dice lo siguiente recurriendo a Aristóteles y Francisco Suárez: «La equidad fue pensada como el modo de tratar aquellos casos singulares y excepcionales, que aunque en apariencia pudiesen erróneamente entenderse como cubiertos por las palabras de una ley, sin embargo, no deben ser resueltos de acuerdo con esa ley, sino mediante los oportunos juicios de valor o estimaciones que emita el juez. Pero, en un sentido más amplio, la equidad fue considerada como el método de intepretación de todas las leyes, de todas y cada una de las leyes sin excepción» (p. 241). En este sentido, vendría a romper la tensión entre la abstracción de una norma y la realidad social, siempre concreta y particular. En efecto, la norma legislativa siempre estaría formulada en términos generales a la vista de un conjunto o categorías de casos, con los cuales realiza un anticipación regulativa. Prevé un supuesto y unas consecuencias. La labor del juez es bien diferente; debe verificar si una norma es aplicable a unos hechos determinados sucedidos. En los

casos difíciles, que no caen propiamente en la regulación de la norma, el juez debe considerar si esa norma es pertinente o no y qué debe hacer, y esto sólo podrá hacerlo en base a la equidad. Si se da cuenta que el resultado es injusto, indebido, podrá rechazar la aplicación de esa norma. Ahora bien, en esto no juzga según su criterio personal, en opinión de Recaséns, sino que debe seguir «las pautas estimativas que objetivamente informan al mismo orden jurídico positivo, que están, además, vigentes en las convicciones sociales de la comunidad en ese momento» (p. 245).

En nuestro ordenamiento, el artículo 3.2 regula el empleo de la equidad en la aplicación del Derecho y especialmente las limitaciones, sobre todo, respecto a una libertad de apreciación del juez: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».

Bibliografía.-

CALVO, M., *Teoría del Derecho,* op. cit., pp. 130-152.

GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho,* op. cit., pp. 325-332, 366-378.

LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho.*

LUCAS, J. de, y otros, *Lecciones de Introducción al Derecho,* op. cit., pp. 193-95, 199-202.

RECASÉNS SICHÉS, L., *Introducción al Estudio del Derecho,* op. cit., pp. 210-262.

RODRÍGUEZ MOLINERO, E., *Introducción a la Ciencia del Derecho,* op. cit., pp. 213-238.

SORIANO, R., *Compendio de Teoría del Derecho,* op. cit., pp. 159-189 y 200-211.

VERNENGO, R., *Curso de Teoría General del Derecho,* op. cit., pp. 404-417.

IV.ª PARTE

DERECHO Y JUSTICIA

Octava Lección

TEORIA DE LA JUSTICIA

8.1.- Preliminares de la Justicia.

Nunca es fácil tratar la cuestión de la Justicia y menos todavía en un curso de Teoría del Derecho donde, más bien, se han tocado extensamente aspectos formales y conceptuales del Derecho. Pero, para una comprensión cabal del fenómeno jurídico es imprescindible estudiar además los problemas concernientes a la Justicia y su relación con el Derecho, no quedarse sólo en una visión normativista del Derecho como coacción, como orden, como técnica de control social. Lo cierto es que una visión limitada a estos temas quedaría demasiado enteca, demasiado estrecha, muy cerrada. En efecto, más arriba nos hemos acercado a los primeros problemas de una noción del Derecho. Se ha pretendido responder a cuestiones como para qué sirve el Derecho, cómo se distingue de otros órdenes normativos no jurídicos; cómo es el Derecho o cómo se estructura y cuáles son los elementos y principios que lo vertebran y atraviesan. Y, sin lugar a duda, su aportación a la formación de la mentalidad jurídica es de suma relevancia. Toca ahora tratar otro tema de parecida complejidad, pero que viene a responder a cuestiones del calado como la siguiente: cómo debe ser el Derecho, debe ser el Derecho justo o cuándo el Derecho es justo. Estas son preguntas que contienen un elemento valorativo no incluido en esos aspectos formales. Precisamente, este hecho obliga a aclarar ciertos aspectos relacionados con los temas tratados anteriormente.

El Derecho, como vimos, es caracterizado como la fuerza institucionalizada. La fuerza está detrás apoyándolo para obligar coactivamente al cumplimiento de sus pre-

ceptos. Pero, sin embargo, la fuerza no lo es todo en el fenómeno jurídico. El Derecho no se reduce meramente a fuerza, sino que exige a los destinatarios, a los obligados por sus mandatos, su adhesión espontánea, y ésta sólo puede lograrse a través del acuerdo y la aceptación de ciertos valores, normalmente jurídicos. No hay fuerza del Derecho sin consenso. Esos valores en torno a los que existe la adhesión generalizada son criterios ideales que suele darse el nombre de principios de Justicia. Vimos cómo, incluso, en teorías como el positivismo en la lectura de Hart el papel de estos valores aparecía como una pieza destacada que sustenta su construcción sobre el Derecho cuando perfila aportaciones como «el contenido mínimo de Derecho natural», la «perspectiva interna del Derecho» o, entre sus famosos tipos de normas la «regla de reconocimiento». Sin esos criterios, reconducibles a principios de Justicia, no cabría «su» concepto de Derecho. También la validez de las normas jurídicas se justifica en base a los procedimientos formales empleados y en base a que sea la autoridad competente, formalmente legitimada, la que la expida. La legalidad es siempre formal, pero sin legitimidad, es decir, sin alguna forma de justificación ética que funde la aceptación de los destinatarios, se queda en mera cáscara huera. También en este caso son necesarios criterios de Justicia. En suma, el problema de la Justicia del Derecho aunque normativamente es una cuestión extraña en la Teoría del Derecho -pues es algo espúreo a la técnica jurídica hablar de Derecho justo-, no obstante, parece innegable que los valores y criterios están presentes en la realidad jurídica. De ahí que debamos tratar, aunque sólo pueda ser superficialmente, la relaciones entre el Derecho y la Justicia. Como dice E. Díaz, «al Derecho no le es indiferente implantar uno u otro modelo de orden: no cualquier tipo de organización, sino precisamente la organización que se presenta por él como la más justa posible, la considerada como tal en cada momento histórico» (p. 49). Es más, al margen de las relaciones o de las vías de comunicación que pueda haber entre el derecho y la Justicia, resulta que ésta tiene un papel prioritario como instancia crítica o juzgadora respecto al Derecho. En efecto, aunque los criterios de Justicia, desde una perspectiva técnica, nada dicen respecto a la validez de las normas jurídicas, de su existencia y fuerza normativa, lo cierto es que sirven de atalaya para valorar críticamente la labor del legislador y las repercusiones de la regulación en la vida social. Al aparecer como la primera virtud de las instituciones sociales y de la estructura social es también un medio para criticar y para intentar una reforma de la sociedad misma.

Pero, además, los problemas de Justicia no sólo están vinculados con los temas jurídicos. Es cierto que la Justicia y el mundo del Derecho remiten uno al otro como dos elementos inseparables, pero también es cierto que cada uno son dos realidades escindidas. Cada uno de ellos reenvía a otros órdenes de la vida: economía, política, moral. Pero, por otra parte, no hay empresa más complicada que intentar definir o dar una definición de la «Justicia» dada la gran variedad de propuestas. «También aquí los intentos de definición pueden contribuir más a ocultar que a desvelar problemas»

(Atienza, p. 92). Generalmente, se suele decir que debemos entender por Justicia la definición «Dar a cada uno lo suyo». Suele identificarse Justicia con igualdad y así se define en el sentido de esta máxima, pero es como no decir nada porque falta una mayor concreción, una mayor especificación del sentido de la Justicia. Si no se define lo que es «lo suyo» es como si no dijéramos nada. Precisamente, uno de los comentarios más extendidos es que esta definición y muchas de las esbozadas sobre la Justicia son excesivamente formales, no dan ningún dato más sobre su contenido material y que, como veremos, es uno de los aspectos más frustrantes de esta cuestión.

Con todo, en una primera aproximación, suele decirse que la palabra «Justicia» tiene dos acepciones (Recaséns, p. 311; Atienza, p. 92-3): 1) Justicia como «virtud universal que es suma y compendio de todas las demás virtudes». Se refiere a una virtud suprema, tanto en lo individual como social, omnicomprensiva pues no sólo incluye al Derecho; 2) Justicia como principal criterio o medida ideal del Derecho. Entonces, la Justicia aparece como un valor social, pero, sobre todo, como un valor jurídico: «la Justicia se entiende como el criterio que cabe utilizar para valorar un sistema jurídico» (Atienza, p. 93). La Justicia es, por lo tanto, el valor específico del Derecho, el que permite valorar un sistema jurídico. Y, como tal, la Justicia es una parcela de la moral que tiene que ver con el mundo jurídico, con la transacciones y actos jurídicos. Por ello, el problema final y real de la Justicia es la búsqueda del criterio en base al cual debe valorarse las normas como justas o injustas y su adecuación para regular nuestras conductas. Desde esta perspectiva es desde la cual es posible criticar al Derecho y buscar, en su caso, su reforma y modificación.

Pues bien, son muchos los problemas concernientes a la Justicia. En lo que sigue, vamos a tratar brevemente alguno con el objeto de dar una visión global de la Justicia. Esta aparece como un valor y como tal tiene los mismos problemas que los demás, el de su fundamento y su contenido. Esto es lo que vamos a ver a continuación empezando por especificar su relación con otros valores.

8.2.- Los diferentes valores jurídicos y la Justicia.

La Justicia es un valor, el valor jurídico por excelencia. Pero, como tal, para evaluar al Derecho, está íntimamente relacionado con otros valores que también tienen un papel importante en la experiencia jurídica. Es más, a la hora de dotar de contenido al valor Justicia, suele decirse que esta engloba a esos otros valores, que sólo puede definirse en función de su relación con otros valores. Tales son : la igualdad, la libertad y la seguridad. Veamos cómo se relaciona cada uno de ellos con la Justicia.

a.- *Justicia e igualdad.* Si pasamos revista a la historia del concepto Justicia como criterio ideal del Derecho es fácil percatarse de que la mayoría de las doctrinas coinciden en identificarla con el concepto de igualdad. En ocasiones, suele identificarse con la idea de armonía, de proporcionalidad, en sus diferentes sentidos. O bien, se entendía como igualdad simple o aritmética, o bien como igualdad proporcional en el reparto o distribución. Pero, al margen de las diferentes conceptualizaciones, desde la jurisprudencia romana, hay una aceptación generalizada de que con el término Justicia quiere hacerse referencia a las palabras tradicionales «Dar a cada uno lo suyo». Es decir que este concepto de igualdad completaría realmente el sentido del término Justicia. Pero el problema es que el acuerdo termina en este punto. «Es harto conocido el hecho de que las controversias sobre problemas de Justicia han sido, y siguen siendo, ardorosamente apasionadas, y que en las mismas juegan argumentaciones no sólo diferentes sino también antitéticas» (Recaséns, p. 311). En efecto, en la cultura occidental el concepto de Justicia siempre ha estado unido al de igualdad, sólo que rara vez se ha entendido de la misma manera. Como tantos otros, es un concepto histórico.

Poco tiene que ver el significado que se le da al concepto igualdad desde la modernidad al que se le daba en las épocas más antiguas. Aristóteles realizó una distinción que se hizo famosa desde entonces entre justicia distributiva, que regula el reparto de las cargas y honores de la comunidad, y justicia conmutativa, que regula las relaciones entre ciudadanos derivadas de los contratos. En nada se parece al concepto moderno de igualdad, que surge a partir del Renacimiento y la Ilustración y que se modula con la Revolución Francesa y la Revolución Rusa. Y a lo largo de este período se conforma un concepto de igualdad como «igualdad de trato». Con ello, quiere decirse que los hombres y los ciudadanos deben ser tratados de igual manera. El problema es que no es fácil saber el criterio para poder llevar a cabo la igualdad de trato. Este es, sin duda, un problema recurrente en la definición de la Justicia: que siempre nos quedamos con el aspecto formal. Y veremos en el siguiente epígrafe cómo cabe valorar esos intentos por dotar de contenido a ese criterio formal de igualdad. Por ahora, quedémonos con la existencia de estrechas relaciones entre la idea de Justicia y la de igualdad. Es más, hoy uno de los intentos más destacados por definir la Justicia como criterio para organizar la sociedad, el de Rawls, pretende conciliar ambos conceptos.

b.- *Justicia y libertad.* También entre estos dos conceptos existe una estrecha relación, como si no pudiera haber un sistema jurídico justo que no respete la libertad individual. Ahora bien, el concepto de «libertad» es sumamente problemático. Es un concepto equívoco en el que caben muchos significados -libertad natural, civil, política, jurídica, pública, libertad positiva y negativa- y que, probablemente, cada individuo le dé una orientación bien distinta. Pero, en el Derecho, el respeto a la libertad es uno de los valores básicos con el fin de resguardar una esfera de autonomía individual

para que cada uno decida cómo dirigir su vida, qué transacciones y negocios convenir y demás aspectos regulados por el Derecho. En el caso español, son muchas las referencias a la libertad en la Constitución, donde existe una extensa regulación de los derechos y libertades fundamentales, con lo que el Derecho aparece como regulador y garante de la libertad individual.

También el concepto actual de libertad se va formando desde el Renacimiento y de forma paralela a los cambios y radicales transformaciones que se producen en la sociedad europea: una nueva concepción de las ciencias experimentales que aporta una nueva forma de ver la naturaleza; la aparición de una nueva clase social, la burguesía, que va a demandar el poder político y la facultad del organizar el Estado a su imagen y semejanza; sus reivindicaciones en favor del libre mercado o de una mayor libertad de conciencia. Son fenómenos que confluyen en una nueva forma de entender la palabra libertad. Y se va a utilizar el Derecho, el derecho burgués para implantar en el orden social esta forma de entender la libertad. De este modo, la Justicia se identifica con la libertad propia de cada uno, que no conoce más límite que la igual libertad de los demás.

Con todo, las diferentes formas de entender la idea de libertad y la igualdad dieron lugar a numerosos conflictos especialmente entre sus defensores, el liberalismo y el socialismo. Esta tensión ha tenido numerosas manifestaciones en la realidad histórica de la sociedad occidental desde finales del XVIII hasta el XX en aras de materializar sus respectivas concepciones de la libertad y la igualdad. No obstante, igualdad y libertad, que son las acepciones más aceptadas de la palabra Justicia, son términos correlativos. «Pues, realmente, en un mundo en el que todos son iguales, todos son también libres, dado que por el principio de igualdad nadie puede ser obligado por los demás a nada más de lo que él mismo pueda constreñir a los demás. Y, correlativamente, en un mundo en el que todos son libres, todos son iguales, porque la libertad de uno se detiene donde comienza la igual libertad de los demás. En la practica, sin embargo, la excesiva libertad genera con frecuencia desigualdad (piénsese en las consecuencias de una economía entera e incontroladamente abandonada a la iniciativa privada) y la igualdad debe necesariamente sacrificar un poco de libertad. Si se pone el acento en la libertad se llega a una concepción atomista de la vida social; si se pone el acento en la igualdad se llega a una concepción organicista de la vida social. Desarrollados unilateralmente, el principio de libertad conduce al individualismo y el principio de igualdad al colectivismo» (Lumia, p. 136).

c.- *Justicia y Seguridad.* Como pone de manifiesto E. Díaz, existe una relación dialéctica entre seguridad y Justicia, una «conexión y apertura de la idea de seguridad con respecto de las ideas de libertad e igualdad (también paz) expresadas en ese contenido genérico de la Justicia y de los derechos y libertades fundamentales. No habrá,

en este sentido, seguridad si no existe, al propio tiempo, un suficiente respeto a las exigencias de la libertad y de la igualdad, tal y como se expresan y sienten, al menos, por el grupo social de que se trate» (p. 46). Este forma de concebir la relación entre ambos conceptos es manifiestamente antitética a otras que conciben la seguridad en contraposición con al Justicia y la libertad. La seguridad es, entonces, un argumento para establecer una serie de limitaciones a las libertades con el objeto de garantizar un determinado orden. Y he ahí la originalidad: mostrar cómo es posible conciliar la idea de Justicia con la necesidad de un orden, un seguridad jurídica, que, en realidad, deviene en una condición sine qua non de la primera.

Está claro que existe un estrecho vínculo entre el orden jurídico y el principio de seguridad hasta tal punto que éste puede considerarse sustancialmente un valor jurídico. Seguridad significa «ausencia de duda», certeza y suele oponerse a arbitrariedad, mientras que el Derecho aparece como un instrumento cuyo objetivo es el control social, el logro de un orden. En cuanto sistema normativo, el Derecho aparece como un sistema de seguridad precisamente porque busca implantar una determinada organización social sobre la cual tiene las funciones de vigía y control. Por lo tanto, el Derecho se muestra fácticamente como un sistema que crea un cierto orden, organiza unas instituciones sociales y hace que todo ello funcione. El Derecho es así un sistema de seguridad para la sociedad garantizado por la existencia de un orden normativo coactivo. «Seguridad, pues, para la sociedad a través del orden general implantado y del control social ejercido desde las normas coactivas» (E. Díaz, p. 41). Entre el orden jurídico y el valor seguridad existe una estrecha relación en la medida que ambos se instauran en base a la legalidad, desbancando así la arbitrariedad, la duda, la incertidumbre en la vida social. «La legalidad engendra seguridad: el Derecho establece y delimita el campo dentro del cual, en una determinada sociedad, los ciudadanos pueden sentirse seguros, sabiendo con certeza a qué atenerse en relación con sus derechos y deberes» (p. 42).

Pero esta conexión entre Derecho-Seguridad-Legalidad no queda aquí. Un orden jurídico puede imponer una determinada seguridad jurídica a través de leyes injustas, pero con esto no cubriríamos al completo la idea de seguridad vigente en un Estado de Derecho. Se requiere algo más: que la legalidad del orden jurídico que da seguridad a la vida social se funde y realice una legitimidad; esto es, que materialice una serie de valores socialmente aceptados. Por ello, «la seguridad jurídica alude así a un contenido valorativo, a un contenido de Justicia expresado en términos de derechos y libertades que la conciencia humana e histórica considera han de estar suficientemente protegidos y realizados a la altura del tiempo en que se vive» (p. 45). No tiene sentido contraponer la seguridad a la Justicia, pues ésta no es otra cosa que «la seguridad de que el Derecho nos proporciona un máximo de libertad y de igualdad» (Atienza, p.

119). En definitiva, cerrando el círculo de las relaciones de la Justicia con otros valores: «El Derecho como sistema de seguridad reenvía, pues, a la idea del Derecho como realización de la libertad, de la igualdad y, en términos genéricos, de la Justicia. La sola seguridad-legalidad es insuficiente y se abre necesariamente a la seguridad-legitimidad, seguridad como valor que implica asimismo la referencia a esos mencionados valores de libertad, paz, igualdad y Justicia» (Díaz, p. 46).

8.3.- Justicia formal y Justicia material.

En todo lo anterior, parecería que ha quedado claro que la idea de Justicia reenvía a la idea de una cierta igualdad. Que es posible definir a la Justicia en términos de igualdad en sus diferentes acepciones. Y así ha sido a lo largo de la historia de la Filosofía. La Justicia como una pauta de armonía, de igualdad simple o aritmética o de igualdad proporcional en la distribución de cargos y bienes. La Justicia es definida magistralmente con las palabras tradicionales de «dar a cada uno lo suyo». La Justicia, por tanto, como igualdad de trato. Ahora bien, esta concepción de la Justicia aparece en todas las teorías como un regla *formal,* como un criterio formal definitorio del término. En efecto, la noción de Justicia sugiere a todos los autores desde Platón y la filosofía griega hasta la actualidad la idea de una cierta igualdad, pero la sugerencia se queda en la enunciación de esta idea, en la imprecisión de la noción de igualdad. Por eso, cuando se define la Justicia de esta forma estamos ante la categoría de la Justicia formal, por cuanto tan sólo se enuncia un principio de acción, un criterio que la define, pero que no nos dice cómo debe de aplicarse. Como constata Recaséns, existe una contradicción entre la general unanimidad sobre la Justicia como igualdad y la total incapacidad para encontrar una regla de aplicación. «La Justicia como idea de armonía, de igualdad aritmética en las relaciones de cambio, y de proporcionalidad en los procesos de distribución de los bienes y de las ventajas sociales, implica la necesidad de poseer *criterios de medida,* es decir, *pautas de valoración* de las realidades que deben ser igualadas o armonizadas. las meras ideas de armonía, de igualdad y de proporcionalidad, o lo que es lo mismo, el principio de dar a cada uno lo suyo, no suministra el criterio para promover esa armonía o proporcionalidad, pues no dice lo que deba ser considerado como 'suyo' de cada quien» (p. 311-2). Y, en verdad, este es el dilema que atraviesa cualquier indagación sobre la Justicia: la dificultad de concebir un principio práctico de aplicación material de la igualdad.

Por tanto, toda discusión sobre esta cuestión se construye sobre la tensión en torno a la Justicia formal-Justicia material, en torno a la definición en el plano de los principios e ideas de lo que es la Justicia y la incapacidad para encontrar una regla de

acción, un criterio práctico que permita su aplicación. En efecto, la Justicia como igualdad de trato, como principio de dar a cada uno lo suyo, constituye la definición *formal* de la Justicia. Mientras que todos los intentos por dar una definición *material* de la Justicia parecen condenadas al fracaso. Se ha intentado cubrir este hueco precisando ese elemento indeterminado «de qué» es lo que hay que igualar dividiendo a los individuos en categorías, en clases según una determinada característica que poseen. Sería éste el elemento material que dotaría de contenido a la Justicia formal, de forma que la igualdad entre dos o más seres depende de las características en que basemos la comparación. De esta forma, «el enunciado 'todos los hombres son iguales' carecería de sentido -o sería manifiestamente falso- si la referencia a la igualdad se interpretara de manera absoluta (pues siempre habrá alguna característica en la que dos hombres difieran entre sí); mientras que, interpretado de manera relativa es que las características comunes de los hombres son más numerosas (o más sobresalientes) que las divergentes» (Atienza, p. 103-4). Así, la idea de que los hombres deben ser tratados de manera igual parece que puede basarse en la idea de que los hombres son iguales respecto a determinadas características consideradas esenciales.

Por tanto, fijándonos en las características particulares de los individuos sería posible dividirlos en clases y, consiguientemente, aplicar luego el criterio formal de igualdad. Precisamente, Ch. Perelman realizó una investigación en 1964 titulado *De la Justicia* donde trató estos temas. Creo pertinente desarrollar las ideas clave de este autor. Según Perelman, desde una perspectiva formal, lo justo es tratar a los seres de manera igual. Y este criterio constituye un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera. Claro que este criterio formal debe ir acompañado por uno material, una regla material de Justicia, que permita distinguir a y clasificar a los individuos en categorías y esto se realiza según una característica común. Pues bien, destaca seis criterios o reglas materiales de Justicia que han servido a lo largo de la historia de la filosofía para dotar de contenido esa regla formal y también para estructurar la sociedad. Estos son:

1.- *A cada uno lo suyo.* Una concepción radical y absoluta de la igualdad por la cual todos los individuos forman una sola categoría más propia de comunidades primitivas que de sociedades estructuradas en el sentido moderno. No es concepto válido porque no es posible aplicar el criterio de igualdad a una categoría tan enorme en la que no se distingue la característica de «cada uno».

2.- *A cada uno según sus méritos.* Los individuos serían tratados proporcionalmente a sus méritos y a sus capacidades. La característica consiste en fijarse en el mérito o en las capacidades, lo que permite dividir a los individuos en categorías y tratarlos desigualmente. Parece ser un criterio que ha inspirado la formación y emer-

gencia de las sociedades capitalistas que se basan en la libre competencia. Suele objetarse que esos méritos están condicionados a las oportunidades culturales, sociales y económicas de los individuos, que son desiguales entre todos. Se producen nuevas desigualdades.

3.- *A cada uno según sus obras o trabajo.* Se incluye dentro de cada categoría esencial a los que realizan un mismo trabajo o tienen un mismo conocimiento. Es un criterio que se utiliza para valorar la retribución justa, el salario justo de los trabajadores o demás categorías de personas que trabajan según la duración del trabajo, su rendimiento y cualidades. Es un criterio que parece haber inspirado la configuración de la sociedad socialista en la fase de transición del capitalismo al capitalismo. Parece ser un criterio superior al anterior, en el sentido señalado por Marx, pero falla, según Perelman, por cuanto se requiere otros rasgos individuales, como talento, aptitudes, genio, condiciones culturales y familiares. El criterio acaba por producir más desigualdades.

4.- *A cada uno según sus necesidades.* Se clasifica a los seres según las necesidades del individuo. Pero, en seguida, se pedirá que se clasifique a los individuos según las necesidades «esenciales» o «básicas». ¿Cuáles son esas necesidades esenciales? La verdad es que los problemas planteados por este criterio parecen también insolubles: primero, hay que definir que es una necesidad, luego, cuál ese esa necesidad esencial o básica, finalmente, quién decide cuáles son las auténticas necesidades de los hombres y cómo satisfacerlas. Es la regla de Justicia de la sociedad comunista propugnada por Marx. Pero, parece que tampoco es un criterio válido de igualdad dadas las dificultades de materialización.

5.- *A cada uno según su rango.* Parecería justo según este criterio que se tenga una actitud diferente frente a los miembros de las diversas clases, con la condición de que se trate de la misma manera a los que forman parte de una misma clase. Es una concepción de la igualdad propia de sociedades esclavistas o estamentales, en las que se presupone ya la desigualdad social. Es un concepto demasiado arcaico, propio de sociedades muy antiguas.

6.- *A cada uno según lo que la ley le atribuye.* Se trata de un concepción jurídica de la Justicia. En este caso, se deja la justicia en manos de la ley y de sus aplicadores. Es justo aquello que la ley establece como tal. Para lo cual, el juez no es libre de aplicar una concepción de la Justicia, sino que debe observar la regla establecida legalmente. Las categorías de los individuos, su división en clases, se le impondría al juez y debe tomarla obligatoriamente. El problema es que, como sabemos, el Derecho no siempre es justo y que puede producir desigualdades si la regulación legal no es igualitaria, por lo cual el criterio no parece muy acertado.

El resultado de la indagación de Perelman es que ninguno de los criterios materiales propuestos en la historia del concepto de Justicia es satisfactorio. Es más, el mismo Perelman pone de manifiesto su insuficiencia y, en concreto, que todas estas reglas son reglas formales de Justicia en contraposición a lo que se defendía, pues, en definitiva, su virtualidad y éxito depende de otras circunstancias. Su aplicación exige un conjunto de determinaciones previas según el criterio que se elija. Llega hablar de la *antinomias de la Justicia,* pues la aplicación de la Justicia supone la división de los seres en categorías u ordenación en base a una característica esencial, pero la realidad es mucho más complicada. La antinomia de la Justicia surge por cuanto, a pesar de todo, nunca estamos seguros de que se ha sido justo, de que se han tenido en cuenta todas la concepciones de la Justicia. No hay forma de conciliar el criterio formal de la Justicia con una regla de aplicación que elimine las injusticias y las desigualdades. He aquí el dilema en el que está encerrada toda discusión sobre la Justicia: la dificultad de encontrar esa regla material y práctica que vertebre la noción de Justicia.

En resumidas cuentas, puede decirse que todos los criterios de Justicia propuestos históricamente «son a la vez formales y materiales: formales en relación con criterios más específicos, y materiales en relación con criterios más generales. El criterio de la Justicia como igualdad es un criterio formal que propone la pregunta: ¿iguales en qué?» (Lumia, p. 137). Para responder a la pregunta, puede escogerse un criterio de los señalados más arriba. Por ejemplo, «a cada uno según sus necesidades», y este criterio es una regla material de aplicación de ese principio más general, pero, en seguida, se revela como una regla absolutamente formal respecto de mayores determinaciones a las que remite: ¿qué necesidades?, ¿qué son las necesidades esenciales o básicas?, ¿cuáles son?, ¿quién las asigna?, etc. Y así sucesivamente. Y en esto consiste el problema de la Justicia: que siempre es posible preguntarse por criterios específicos que concreten las reglas de la Justicia.

8.4.- Concepciones de la Justicia.

Han sido muchas y muy variopintas las teorías sobre la Justicia propuestas en toda la historia de la filosofía. En verdad, no es objetivo de estas páginas pasar revista a todas y cada una de ella, pues excede de los límites pensados para unos someros apuntes de Teoría del Derecho, pero, no obstante, es también obligado tratar, aunque sólo sea brevemente, alguna de las aportaciones más interesantes. Tan sólo unos esbozos que apunten las novedades más importantes. Con este fin, más que reseñar autores que, sin duda, han destacado suficientemente, me parece más oportuno hacer

referencia a las grandes líneas de pensamiento que recorren la historia de la idea de la Justicia, pues así se hace «Justicia» a pensadores que de otra manera parecerían olvidados. Por eso, voy a hacer referencia a las grandes «tradiciones» de pensamiento. Antes, una precisión metodológica de importancia con el fin de ubicar las reflexiones siguientes. La indagación sobre la Justicia y la ética son dos campos estrechamente entrelazados y, en buena medida, las reflexiones que se realizan para la una valen para la otra. En efecto, si nos preguntamos por una cuestión tan propia de la ética como cuál es el fundamento del concepto «bueno», nuestra respuesta podrá con toda propiedad ser utilizada para definir lo que es «justo». Y, en este punto, en efecto, existe una conexión entre le ética y las diferentes concepciones de la Justicia. Pero, esto no es lo que nos interesa. Nos interesa la noción de Justicia en la medida que tiene una repercusión social, en la medida que se proponen para organizar la vida social. Es decir, nos interesa el problema de la Justicia en la medida que es una noción, la más importante, de una parcela de la ética que se denomina *ética normativa,* esto es, aquella que trata de «formular y justificar juicios morales y determinar qué acciones o instituciones son buenas o malas» en oposición a la *meta-ética,* que trata de analizar el significado de los conceptos éticos más básicos -»bueno», «justo», «correcto, y sus opuestos- (Nino, p. 354).

Sentado que nos vamos a mover en el terreno de la ética normativa, interesa reseñar muy brevemente las siguiente tradiciones sobre la idea de la Justicia: la tradición iusnaturalista, la tradición racionalista de base kantiana, la tradición utilitarista, la tradición hegeliano-marxista. Y, luego, sucintamente, trataré alguna de las propuestas más actuales.

a.- *Tradición iusnaturalista.* Nunca mejor atribuido el término «tradición» para una corriente que se remonta a los primeros textos literarios escritos de la Grecia clásica. En efecto, las líneas maestras del pensamiento iusnaturalista pueden encontrarse en autores como Homero, Platón y Aristóteles y, luego, aparecen en Agustín de Hipona, Tomás de Aquino y la Escolástico, incluida la española, hasta en la Escuela racionalista de Derecho Natural, Grocio, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, y tantos otros. Cada uno con sus matices y, en general con serias diferencias entre sus propuestas, según épocas y contextos históricos, metodologías y problemas. Por eso mismo, resulta una tarea complicada la de hallar unos principios comunes. Siguiendo a Atienza, estos puede resumirse en los siguientes (p. 120): 1.- La idea de Justicia se define de acuerdo a uno o unos postulados o principios extraídos de la naturaleza y de fácil conocimiento por el hombre (por la razón, por los sentidos o sentimientos); 2.- son principios verdaderos en la medida que reflejan fielmente la realidad de la naturaleza; 3.- son principios autoevidentes, inmutables y universales, además de identificarse con la suma racionalidad.

Las críticas al iusnaturalismo han sido muchas y muy dispares. Por centrarme sólo en las más destacadas, se pone, sobre todo, de manifiesto el carácter problemático de la idea de «naturaleza» que es el concepto que sustenta buena parte del edificio: que es un concepto muy equívoco, pues admite muchas interpretaciones y la mayoría bien distintas permitiendo la justificación de estados tan opuestos como la igualdad radical entre los hombres o un régimen autoritario; que no hay una garantía de que el método de conocimiento de la naturaleza -razón, sentidos- sea el correcto y, además, posibilite captar toda la realidad natural; que, de todas formas, aunque fuera posible ello no justifica que del «es» pueda extraerse un «debe»; y que, con todo, no hay una seguridad de encontrar un principio inmutable, universal, autoevidente y racional que justifique toda la construcción. Más bien, la historia de la humanidad avala un cierto relativismo ético. No obstante, todo esto no es óbice para que el iusnaturalismo haya tenido y tenga un gran predicamento, pues justifica la autonomía moral del individuo frente al poder, posibilita la defensa de ideas de lo más dispares y el concepto de «naturaleza» siempre tendrá una gran carga emotiva capaz de concitar acuerdos. Tan ambigua es la teoría iusnaturalista que se ha producido una reacción favorable a la misma después de la II Guerra Mundial como oposición al supuesto positivismo del régimen nazi y, sin embargo, ha sido la ideología dominante en España, Argentina y Chile en sus respectivas dictaduras.

b.- *Tradición racionalista de base kantiana.* Kant es considerado por muchos un autor iusnaturalista y, ciertamente, en su pensamiento pueden encontrarse muchas de las claves de esa tradición. No obstante, perfiló alguna de ellas con tanta originalidad que merece una referencia aparte. Además, ha tenido una proyección como no ha tenido ningún otro autor de forma que con razón se ha dicho que después de Kant la filosofía moral nunca fue la misma hasta para sus detractores. Por otra parte, en la ética actual raro es el autor que no ha tomado prestado alguna de sus sugerencias. Son razones de peso para un trato especial, aunque sólo sea en un breve bosquejo.

Con razón, se ha dicho hasta la saciedad que la ética kantiana, en la que define los conceptos como bueno, justo y sus opuestos, está estrechamente ligada a la noción de deber y, en particular, al imperativo categórico. Las leyes o principios morales, según Kant, se caracterizan por ser autónomos -derivados de la capacidad autolegisladora de cada ser humano-, categóricos -se imponen con independencia de nuestros deseos- y universales -válidos para todos los seres racionales-. La conciencia moral del ser humano se distingue por ser una conciencia basada en el deber, pues obedece a esos principios no en base a una inclinación u otro tipo de motivación, sino en virtud del deber mismo. La máxima expresión de este deber y de la conciencia moral es el imperativo categórico definido de la siguiente manera: «Obra de tal modo o manera que una máxima de tu voluntad puede ser elevada a ley universal». Lo correcto, lo bueno, lo justo es actuar de acuerdo con esta máxima.

Ahora bien, detrás de estas formulación de una ética del deber se encuentra una consideración muy típica del ser humano: la de ser un «fin en sí mismo». En efecto, el imperativo categórico plasma la idea del ser humano como voluntad universalmente legisladora capaz de rechazar todo aquello que no cumpla con los requisitos de una legislación universal o que mediatice la consideración del ser humano como un *fin*. El imperativo categórico es la expresión del principio de universalidad de la ética kantiana, pero también de su concepción de la dignidad de la persona humana y de la autonomía y libertad de la voluntad. Todo ello configura una imagen del ser humano que ha pervivido a la filosofía kantiana y que ha determinado en buena medida a la filosofía moral y política desarrollada con posterioridad. No obstante, estas ideas de Kant no han estado exentas de críticas y de todo tipo de comentarios. Muchas de ellas dirigidas en contra del imperativo categórico: que es demasiado formal y caben en su seno todo tipo de éticas -la de Kant, al del ladrón, etc.-, que el principio de universalidad es un requisito del discurso moral, pero no es el único; que hasta qué punto es correcto construir un ética formal abstraída de las intenciones y propósitos de las personas.

c.- *Tradición utilitarista.* Es la otra gran tradición sobre la que se ha sustentado el desarrollo filosófico moderno, aunque en la actualidad es bastante contestada por la filosofía constructivista más ligada al pensamiento kantiano. El utilitarismo, a diferencia de otras corrientes o del pensamiento de Kant, no fue formulada dogmáticamente por un maestro y de forma definitiva; más bien, se presenta como una gran corriente iniciada y formulada por grandes pensadores como Bentham y J.S. Mill, y Hume como precursor, pero que admite en su seno una gran cantidad de variaciones y de divergencias. Precisamente, por ello, ha sido una corriente que desde finales del XVIII ha sentado las bases del desarrollo de la sociedad occidental en todas sus manifestaciones, jurídica, política, económica y social, hasta fechas recientes en las que se ha iniciado un fenómeno adverso.

Aunque son muchas las variaciones, el modelo más puro y el clásico del utilitarismo fue formulado por Bentham quien sentó las bases de futuras discusiones. Puede decirse que enunció dos presupuestos básicos: que el punto de partida de toda discusión moral, para saber lo que es bueno o malo, debe ser empirista y psicologista, en la medida que nuestra facultad natural más destacada son nuestras percepciones sensoriales; y que la bondad o maldad de nuestras acciones puede medirse por el grado de placer o dolor, de felicidad en suma, que nos produce. En efecto, siguiendo a Hume, enunció como principio básico de la naturaleza humana de nuestros juicios morales, el principio del placer o dolor, por el cual el fin del ser humano es perseguir la felicidad. Por eso mismo, el utilitarismo es consecuencialista, porque considera que las acciones humanas pueden ser juzgadas moralmente por el placer o dolor producido. Y, del mismo modo, enunció como principio de práctica de gobierno y de organización social

el principio de la máxima felicidad para el mayor número, que es totalmente contrario a lo defendido por Kant. En base a estas ideas, Bentham resultó ser un gran criticó del las tesis más importantes del iusnaturalismo, pese, paradójicamente, tomar como punto de partida una determinada concepción de la naturaleza humana esbozado por autores iusnaturalistas como Hobbes, Locke y Hume: la inexistencia del derecho natural, del contrato social, la organización política, las razones de obediencia al Derecho, etc. Así, sentó un orden nuevo más apropiado al liberalismo defendido por la burguesía.

No es éste el momento para explicar detenidamente la teoría utilitarista. Sólo desarrollar algunos aspectos básicos y algunos inconvenientes. En primer lugar, una de las razones del éxito y fortuna del utilitarismo parece residir en que el principio utilitarista -el principio de utilidad- es más realista, más empírico, que otros candidatos a criterios morales básicos dado su carácter psicológico y al haber sido inferido *a posteriori;* además, parece el más apropiado y el que aceptaría un observador imparcial que fuera sensible al placer y dolor, y a los interese y deseos de las personas; es también mas apropiado desde una concepción individualista, pues concede igual importancia al placer y dolor, y a los intereses de cada ser humano individual con independencia de quien sea su titular; parece también más adecuada para guiar y dirigir una política institucional y organizar la sociedad, puesto que parte de sentimientos e intereses que pretenden ser reales; parece enlazar mejor con los presupuestos y postulados de una ciencia experimental (Nino, p. 397).

Entre los inconvenientes se ha consignado que la búsqueda y valoración del placer y dolor personal es una búsqueda al infinito, porque las consecuencias de las acciones humanas se proyecten en el futuro; que el utilitarismo es autofrustrante en una sociedad en la que todos fueran utilitaristas; que siempre es difícil valorar y calcular deseos e intereses tan variados como los que tienen las personas; o que el utilitarismo choca con alguna de nuestras intuiciones morales básicas, como que muchas veces se actúa por pura consideración a un deber que creemos tener; que choca también con consideraciones de Justicia, pues puede llegar a justificar lesiones en los derechos y libertades fundamentales, las torturas para «sacar la verdad» o condenar un inocente por el efecto desestimulador que produciría en el resto de la comunidad.

d.- *Tradición hegeliano-marxista.* Denominar de esta forma a una tradición que se origina en Hegel y se configura plenamente con Marx y sus sucesores no es muy ajustado, pues no hace Justicia ni a Hegel, que de marxista no tenía nada, ni hubiera defendido sus variaciones, ni a Marx y sus sucesores que, a la postre, de hegelianos sólo tienen el nombre, aunque usen su metodología. Y, por otra parte, se incurre en el olvida de aquellos hegelianos que no fueron ni son marxistas. Con esta denominación, se trata de hacer referencia a una línea de pensamiento profundamente historicista que

se sirve del materialismo marxista. Para lo que nos interesa, esta corriente de pensamiento, muy importante en la historia de la filosofía reciente por mucho que se pretenda marginar, los conceptos como Justicia, moral, bueno son pura metafísica no vinculados a la realidad social. Ahora bien, lo que interesa desarrollar es el cómo llegaron a establecer estas tesis.

Aun a riesgo, por otra parte inevitable, de simplificar en exceso un pensamiento tan prolijo como el de Hegel, éste sentó las bases de un método, el dialéctico, sin duda enormemente fructífero dado que permitía explicar el desarrollo histórico en base a las propias e inherentes contradicciones y negaciones de presente que así anticipa el futuro. En el pasado está el presente y en éste el futuro, complemente por la dinámica interna de sus negaciones internas. Y lo más importante: que esta progresión histórica, dialéctica, culmina con la hipostasiación del Estado como la racionalidad hecha real.

Marx transformo críticamente el pensamiento hegeliano desde una perspectiva materialista para poder explicar el origen de la sociedad y de su estructura, y de las leyes que explican su dinámica. En puridad, no elaboró una teoría sobre el Derecho y el Estado, sino que sólo pretendió sentar las bases de una ciencia de la sociedad buscando sus leyes económicas, de forma que esas dos entidades son una pura manifestación de la realidad y de la dinámica social. El Estado y el Derecho son reflejo de las contradicciones y luchas que se resuelven en la sociedad y como tal son un instrumento de la clase dominante. En este panorama, los derechos humanos, la idea de Justicia no tiene cabida nada más que como creación de la sociedad burguesa. Fue así crítico con el concepto de libertad e igualdad propio del liberalismo, especialmente por su configuración formal, defendiendo una formulación material de ambos.

Estas breves referencias sólo dan una idea vaga de la profundidad de unos pensamientos más complejos, pero no es éste el lugar para extendernos en un análisis más detallado. Lo que interesa ahora es señalar que, en una mayor o menor conexión con estas tradiciones, existe en la actualidad un fructífero debate sobre la teoría de la Justicia en las sociedades occidentales, siguiendo una u otra línea de pensamiento. A raíz, sobre todo, de la publicación en 1971 del libro de J. Rawls *A Theory of Justice,* se ha suscitado un vivo debate sobre la fundamentación ética de la sociedad y del Estado y sobre la aplicación de unos principios de Justicia. En resumen, se está produciendo un duro enfrentamiento entre el utilitarismo, que ha sido la punta de lanza de la evolución del liberalismo y de la articulación de la sociedad del bienestar, y el procedimentalismo o constructivismo ético que, desde unas bases kantianas, ha resucitado la vieja figura del «contrato social» para fundamentar éticamente una sociedad a través del acuerdo sobre unos principios de Justicia basado, sobre todo, en el procedimiento seguido para lograr ese consenso. A continuación, vamos a ver sucintamente

alguna de las propuestas más interesantes empezando por la de J. Rawls, R. Nozick y J. Buchanan, autores afincados en Estados Unidos, y J. Habermas y C.O. Apel en Alemania.

Quien inició, primeramente, el combate contra el utilitarismo fue J. Rawls intentando reconstruir las bases para una teoría de la Justicia a partir de autores como Locke, Rousseau y Kant, pero, sobre todo, éste último. Como entiende que cabe una identificación entre el término "Justicia» y el de «equidad» o «imparcialidad», denominó a su teoría «Justicia como imparcialidad». Para él, una teoría sobre la *Justicia como imparcialidad* debe construirse a partir de dos principios, que son los que dan sentido y contenido a su teoría sobre la Justicia. Un primer principio de Justicia, en el sentido formal que hace referencia a las ideas de igualdad y libertad propias de toda la tradición liberal y que define del siguiente modo: «cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertades para todos». Recibe el título de *principio de igual libertad para todos.* Y el segundo principio, en sentido material, que busca una distribución justa de los bienes primarios atendiendo a los menos aventajados, y que reza del siguiente modo: «las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unido a que las cargas y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de Justicia e igualdad de oportunidades». Llama a este principio de la diferencia en su primer apartado y el principio de igualdad de oportunidades en el segundo. Dentro del relato de Rawls es interesante también cómo perfila cada uno de estos principios y cómo ordena sus relaciones de acuerdo a un «orden lexicográfico» por el cual es de rango jerárquicamente superior el primer principio respecto a los otros dos.

En realidad, el conjunto de la teoría de Rawls es una propuesta mucho más compleja de lo que cabe relatar en estas paginas. En efecto, son muchas sus aportaciones a la discusión en las diferentes disciplinas sociales desde la economía, la política, el derecho hasta la filosofía moral. Sólo apuntar que su construcción -sus principios- están apuntalados a partir de una situación ideal, una especie de hipotético estado de naturaleza, que él llama *posición original,* en la cual unos sujetos participantes -o partes -, sometidos a ciertas e importantes restricciones, deben decidir sobre los principios que regirán su sociedad para que ésta sea justa. Están sometidos a un *velo de la ignorancia,* esto es, a unas restricciones en el conocimiento particular de la sociedad en que van a vivir, su posición y extracción social, sobre sus habilidades y capacidades individuales, aunque no del conocimiento más general. Este velo de la ignorancia tiene profundas reminiscencias kantianas y sirve para garantizar la imparcialidad de la decisión impidiendo que obstáculos externos a la situación o, incluso, las pasiones e intereses de los individuos entorpezcan la decisión final que debe estar basada en un

consenso unánime sobre los principios de Justicia a optar. Como puede verse, la teoría de la Justicia de Rawls ha resucitado la vieja categoría de la filosofía política del contrato social para justificar una organización social justa. En todo ello, pretende recuperar positivamente para una teoría política una antropología que, en su opinión está en el origen de las sociedades occidentales.

Son muchas, sin embargo, las críticas suscitadas por la aparición de la teoría de Rawls desde todas las perspectivas y corrientes filosóficas. Desde quienes ven imposible una concordancia entre los dos principios de Justicia, entre el principio de igual libertad para todos y el principio de la diferencia, rememorando así las viejas tensiones entre la Justicia formal y la Justicia material, poniendo en evidencia así las dificultades para lograr una sociedad del bienestar. O, quienes entiende que en los fundamentos de su teoría existe una tensión irresoluble entre los presupuestos empiristas del tipo de Hume y los racionalistas de base kantiana, con lo que se echa por tierra buena parte de sus propuestas. Hasta quienes apuntan sus baterías hacia lo que aparentemente es más sólido y que funda el resto de su teoría, la posición original, y así muestran sus contradicciones al perfilar cada uno de los conceptos y, sobre todo, la imposibilidad de que unos seres sometidos al velo de la ignorancia puedan ser capaces de elegir determinados principios de Justicia. Y, finalmente, que toda esta construcción funciona como un prejuicio que condiciona y anticipa el resto de su propuesta.

En la estela de J. Rawls, han surgido otro tipo de propuestas de teoría de la Justicia entre las que destaca por su radical anarquismo liberal la de R. Nozick en su libro *Anarquía, Estado y Utopía.* En contra de Rawls ha elaborado una teoría que sirve de base a los partido conservadores anglosajones y europeos. La originalidad de la propuesta de Nozick se basa en que, a partir de la teoría de Locke y de su contractualismo, defiende un Estado vigilante y policía, un Estado no intervencionista, bien alejado de las preocupaciones sociales de Rawls, que llama *Estado mínimo,* y cuyo objetivo es garantizar los derechos previos de los individuos, la esfera de la autonomía privada y el derecho de la propiedad. Sería una forma de organización social que aparece paulatinamente desde un estado de naturaleza en el que los individuos, según su fuerza y sus bienes, se van asociando en agencias de protección, cuya única misión es la seguridad individual y en la que no emerge ningún derecho nuevo, hasta llegar a una asociación más grande que es el Estado mínimo, eliminando en el camino cualquier sujeto que pretende vivir independientemente. El Estado mínimo sólo tendría las competencias reconocidas al viejo Estado liberal decimonónico: garantizar los título del derecho de propiedad y la libre transferencia de bienes. A pesar de que alguna de sus propuestas puedan ser sugerentes, máxime en una situación política de critica y desmantelamiento del Estado del Bienestar, no deja de tener serias dificultades. Especialmente, porque su construcción procedimental, esto es, el proceso del estado

de naturaleza al Estado mínimo, se hace bastante arbitrariamente recurriendo a una «mano invisible» que guía las actuaciones de los individuos. Nada de eso es comprobable, todo queda en la pura hipótesis que, por otra parte, es el puntal de su construcción posterior. Además, la crítica ha mostrado cómo el resultado de su teoría es la aparición de los viejos fantasmas, los conflictos violentos sociales que liquidaron al Estado liberal y vieron la aparición del Estado del Bienestar.

En el ámbito europeo, tanto Habermas como Apel han intentado proponer una teoría ética de base kantiana tendente a justificar un consenso social sobre determinados criterios de lo justo. Lo relevante es que Habermas procede de la Escuela de Frankfurt que, en los años treinta, criticó desde presupuestos marxistas duramente la mentalidad racionalista occidental y la sociedad instrumental que había originado. No obstante sus orígenes, la teoría de Habermas se acerca bastante a lo defendido por Rawls. Llama a su *teoría teoría de la acción comunicativa,* según la cual las bases de la ética son bases consensuales en la medida que es posible en una comunidad alcanzar un consenso ético, a través del diálogo, sobre determinados postulados morales que legitimen la sociedad. Ahora bien, en su teoría un elemento importante es el *principio de universalidad,* por el cual esos postulados deben tener una validez universal en el sentido kantiana, no se basan en un consenso meramente circunstancial. Para garantizar la universalidad imagina un *situación ideal del diálogo,* en la que, al estilo de la posición original de Rawls, los participantes realizan sus comunicaciones sin los obstáculos personales y externos que lo dificulten. En realidad, esta situación no es un hecho real o un elemento fáctico, ni tampoco una mera hipótesis formal, sino una pretensión de que, cuando dialogamos, siempre tenemos presente esa situación ideal para poder realizar nuestras comunicaciones de forma que pueda llegarse a un consenso racional.

8.5.- La Justicia como crítica al Derecho.

De todo lo referente a la Justicia puede concluirse sin paliativos que ocupa un relevante papel respecto a los problemas de fundamentos del Derecho. La teoría de la Justicia se convierte, en verdad, en una atalaya desde la que observar el fenómeno jurídico y, de hecho, deviene en un imponente instrumento de crítica del Derecho. La aceptación de ciertos postulados positivistas, entre los cuales la separación de la Moral y el Derecho, los problemas morales de los jurídicos, no impide que la Justicia sea un instancia de análisis y valoración del mundo y la regulación jurídica. Es más, precisamente por ello, puede ser utilizada como una puerta abierta a la reforma y al cambio de la legislación en aquellas materias consideradas socialmente injustas.

Puede decirse, por tanto, que una reflexión sobre la experiencia jurídica no quedaría plenamente completada sin una referencia a una teoría de la Justicia y que ésta sirve para una comprensión de los fenómenos jurídicos y de la actividad de los juristas. De hecho, son muchas las cuestiones que evidencian una interrelación entre el Derecho y la Justicia. Desde las cuestiones de fundamentos del sistema, la legitimación y legitimidad de la organización social, una reflexión sobre los conceptos básicos hasta un conocimiento sobre cómo estructurar equitativamente la convivencia social.

De todo ello, sin lugar a duda, uno de los aspectos más relevantes reside en el hecho de que, desde una concepción de la Justicia, siempre puede proyectarse una mirada oblicua del fenómeno jurídico. Que nos da una visión distinta, menos normativista, del Derecho, a veces, incluso, más apegada a la realidad y al sentir de la sociedad. Por eso, podemos decir que puede ser empleada como una instancia de crítica al Derecho con el objetivo de modificar sus contenidos regulativos. Son muchas las cuestiones acerca de las cuales puede decirse cosas desde una concepción de la Justicia. Piénsese, por ejemplo, el cambio de prisma que implica cuando se estudia el problema de la obediencia al Derecho, que parece algo inobjetable para el jurista, pero que desde un análisis de lo injusto o injusto de la normativa puede llevar a defender la desobediencia civil o la objeción de conciencia. En efecto, éste es un tipo de cuestiones donde se pueden hacer aportaciones de interés desde la Justicia. Igualmente, sucede con un tema central en nuestro ordenamiento y la convivencia social como es el de perfilar y materializar una concepción sobre los «derechos y libertades fundamentales» y, en general, sobre conceptos y principios tan relevantes para la sociedad como la «igualdad», la «libertad». También aquí aparece como una vara con la que medir su eficacia. O los aspectos relativos a una teoría sobre la argumentación jurídica o la Administración de Justicia. Todos son aspectos a discutir en una teoría de la Justicia. Sólo que un tema tan omnicomprensivo como éste no tiene cabida en un programa de Teoría del Derecho con los límites temporales establecidos. Parece más apropiado su estudio en otras asignaturas del Plan de Estudios. De todas formas, quede constancia de su interés y su importancia para una reflexión sobre la experiencia jurídica como la que hemos llevado a cabo en este Curso.

Bibliografía.-

ATIENZA, M., *Introducción al Derecho,* op. cit., pp. 91-185.

CALVO, M., *Teoría del Derecho,* op. cit., pp. 159-184.

DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho,* op. cit., pp. 38-50.

LUCAS, J. de, y otros, *Lecciones de Introducción al Derecho,* op. cit., pp. 207-220.

LUMIA, J., *Principios de Teoría e Ideología del Derecho,* op. cit., pp. 113-145.

NINO, C. S., *Introducción al Análisis del Derecho,* Barcelona, Ariel, 1983, pp. 353-437.

PERELMAN, Ch., *De la Justicia.*

RECASÉNS SICHÉS, L., *Introducción al Estudio del Derecho,* op. cit., pp. 311-321.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., *Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho,* op. cit., pp. 135-148, y en general toda la parte II.



Material Didáctico: Derecho, 1